

TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS APÓS A EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 45/2004: A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG

Doutora e mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC/SP. Advogada. Integrante do Conselho Superior de Estudos Jurídicos da FECOMERCIO e membro do Conselho de Estudos Avançados da FIESP (CONSEA). Presidente da Comissão de Direito Constitucional da ADFAS. Professora da graduação e do mestrado e coordenadora do Curso de Direito da Universidade Nove de Julho – UNINOVE. Advogada. E-mail:samanthameyer@uol.com.br

FLÁVIA PIVA ALMEIDA LEITE

Doutora em Direito Urbanístico pela Pontifícia Universidade Católica – PUC – São Paulo/SP, Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino – ITE – Bauru /SP, Pós graduada em Gerente de Cidades pela Fundação Armando Álvares Penteado – FAAP – São Paulo – SP. Membro da Comissão de Infraestrutura, Logística e Desenvolvimento Sustentável da OAB/SP. Avaliadora do CONPEDI. Professora do Mestrado de Direito da Sociedade da Informação da FMU, advogada e palestrante. Email: flaviaaleite3@hotmail.com

Resumo

Trata-se de analisar o *status* normativo dos tratados de direitos humanos no sistema jurídico brasileiro, tendo em vista as alterações trazidas pela Emenda à Constituição n. 45/04, conhecida como Reforma do Poder Judiciário. Referida Emenda trouxe a possibilidade de os tratados de direitos humanos serem equiparados às emendas constitucionais e, portanto terem *status* normativo constitucional. No entanto, manteve-se silente no tocante aos tratados aprovados antes da sua promulgação. Todavia, o Supremo Tribunal Federal conferiu *status* supralegal aos referido tratado. Cumpre examinar em que medida essa alteração constitucional trouxe uma maior proteção aos direitos humanos, para tanto se analisa detidamente a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovados na forma do §3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave

Direito Internacional; Direitos humanos; hierarquia dos tratados.

Abstract

It is analyzing the legal status of human rights treaties in the Brazilian legal system, in view of the changes introduced by the Amendment to the Constitution n. 45/04, known as the Judiciary Reform. Such amendment brought the possibility of the human rights treaties being likened to constitutional amendments and therefore have constitutional legal status. However, he remained silent with regard to approved treaties before its enactment. However, the Supreme Court gave supra-legal status to that treaty. Must be examined to what extent this constitutional change brought greater protection of human rights, therefore it closely examines the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, adopted in the form of paragraph 3 of article 5 of the Federal Constitution of 1988.

Key words

International Law; Human rights; hierarchy of treaties.

1. Introdução

Com o final da Segunda Grande Guerra dá-se início ao processo de internacionalização do Direito e ao chamado “Direito Internacional dos Direitos Humanos”, que nasce como resposta às atrocidades e às monstruosas violações de direitos humanos cometidos pelo nazismo da era de Hitler.

Surge uma preocupação em proteger e garantir os direitos humanos e criar mecanismos para efetivá-los. Os Estados passam a celebrar tratados e convenções para assegurar os direitos humanos, procurando adaptar seus ordenamentos jurídicos internos aos tratados de direitos humanos.

Nesse contexto, surge a Organização das Nações Unidas (ONU) em substituição a Liga das Nações e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, marco histórico na proteção dos direitos humanos.

A partir de então, a luta pela consciência material de um mínimo de direitos relacionados ao homem transpassa o domínio reservado de um único Estado, e passa a ser encarado como um direito de domínio de toda a comunidade.

O processo de internacionalização do Direito e de proteção dos direitos humanos ganhou força com o surgimento de blocos econômicos, como a União Europeia. Na América do Sul, o Brasil, a Argentina, o Paraguai e o Uruguai como membros efetivos e a Venezuela formam o Mercado Comum do Sul – MERCOSUL, uma união aduaneira cuja função precípua é garantir a intergovernabilidade entre eles. No entanto, diferentemente do que ocorre na União Europeia a elaboração das normas do MERCOSUL se dá

por um processo de harmonização (*rapprochement*) e sua aplicação por meio de regulação (*mixt law*).¹

O processo de internacionalização do Direito no Brasil se encontra diretamente relacionado com o processo de internacionalização dos direitos humanos, na medida em que o Texto Constitucional dispõe sobre a hierarquia normativa dos tratados de direitos humanos e também em virtude do amplo rol de direitos fundamentais assegurados na Constituição.²

Constata-se, uma tendência de harmonização de conceitos que se consubstancia num procedimento de mão dupla: as constituições nacionais passam a considerar as relações do Estado com o Direito Internacional e este a sofrer uma crescente influência dos dispositivos constitucionais relevantes. Há “um grau cada vez mais elevado de penetração do Direito Constitucional pelo Direito Internacional.”³

Pode-se afirmar que o Brasil não ficou alheio no que se refere ao sistema internacional de proteção de direitos humanos. Pelo contrário, a Constituição brasileira de 1988 se mostrou receptiva à internacionalização do Direito e a proteção dos direitos humanos. Em seu texto há diversos dispositivos abertos ao Direito Internacional. Em sua redação original já previa no parágrafo único do art. 4º que: “A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino americana de nações.” O Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” também elenca extenso rol de direitos humanos.

No entanto, aspecto importante na proteção dos direitos humanos diz respeito ao *status* normativo que os tratados de direitos humanos usufruem no ordenamento jurídico interno. Nesse particular, cumpre analisar detidamente o *status* normativo desses tratados no ordenamento jurídico brasileiro, bem como as alterações trazidas pela Emenda à Constituição n. 45/04 nessa matéria e a aprovação da Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência na forma estabelecida pela referida Emenda.

2. A Constituição de 1988 e os Tratados de Direitos Humanos

Com o advento da Constituição Federal de 1988, os direitos e garantias fundamentais ganham ênfase extraordinária, situando-se como o documento mais avançado,

1 DELMAS-MARTY, Mireile. *Por um direito comum*, São Paulo: Martins fontes, 2004, p. 47, tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, p. 45.

2 Cf. MEYER- PFLUG, Samantha Ribeiro. “A internacionalização do Direito Constitucional”. *In.: Coletânea de Estudos Jurídicos*. ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSON, Zilah Maria Callado Fadul. Coordenadoras. MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Organizadora. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2008.

3 TOURARD, Héléne. *L'internationalisation des Constitutions Nationales*. Paris: L.G.D.J., 2008, p.11.

abrangente e pormenorizado sobre a matéria na história do direito constitucional do país. De forma inédita, já em seu Título I, elevou o valor da dignidade da pessoa humana a princípio fundamental desse novo Estado, nos termos do artigo 1º, inciso III.

A dignidade humana, nessa nova ordem constitucional instaurada em 1988, impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão de todo seu sistema constitucional.⁴ Vê-se também que o inciso II do seu artigo 4º acentua que o Brasil se vincula ao fundamento principiológico do respeito e prevalência dos direitos humanos em suas tratativas com os demais países e organismos internacionais.

Em face desse novo cenário inaugurado a partir da Constituição Federal de 1988, importantes tratados, voltados a valorização dos direitos humanos foram ratificados pelo Governo brasileiro. Entre eles, destacam-se a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1989); a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1989); o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (1992); o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1992); a Convenção Americana de Direitos Humanos (1992); a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1995); o Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte (1996); o Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – Protocolo de San Salvador (1996); a Convenção Interamericana para Eliminação de todas as formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência (2001); o Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional (2002); o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (2002); o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre o Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados (2004); o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os da Criança sobre Venda, Prostituição e Pornografia Infantis (2004); o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura (2007).⁵

A Constituição Federal de 1988 apesar de incorporar relevantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, contudo, embora seja um texto inovador, não previu expressamente o status com o qual os tratados ou convenções adentrariam no ordenamento jurídico pátrio.

4 PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais e proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF. *In: O novo constitucionalismo moderno na era pós-positivista. Homenagem a Paulo Bonavides*. MOURA, Lenise S. Moreira de Moura (org). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 128.

5 PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais e proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF. *In: O novo constitucionalismo moderno na era pós-positivista. Homenagem a Paulo Bonavides*. MOURA, Lenise S. Moreira de Moura (org). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 127-128.

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, diversas interpretações emergiram consagrando um tratamento diferenciado aos tratados relativos a direitos humanos, em razão do disposto no § 2º do art. 5º, o qual dispõe que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Da simples leitura do referido poder-se-ia depreender que, a princípio, os tratados de direitos humanos no Brasil usufruiriam de um status normativo constitucional. Contudo, não foi essa a interpretação acolhida pelo Supremo Tribunal Federal. Interessante, observar, no entanto, que em matéria tributária o entendimento é outro, pois o Código Tributário Brasileiro de 1966, anterior à Constituição de 1988, estabelece em seu art. 98 a vigência do princípio da prevalência do direito internacional sobre o direito interno infraconstitucional e o próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu essa prevalência, apenas em matéria tributária.

Referido dispositivo constitucional deu ensejo a acirradas discussões, tanto na doutrina como na jurisprudência sobre o status normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos dentro da ordem interna, que segundo Flávia Piovesan, pode ser sistematizada em quatro correntes principais, a saber: a) a vertente que reconhece a natureza supraconstitucional de tais tratados; b) o posicionamento que atribui caráter constitucional a esses diplomas; c) a tendência que atribuiu hierarquia infraconstitucional, mas supralegal a esse tipo de documento e, por fim, d) que reconhece a paridade hierárquica entre tratado e lei federal.⁶ Analisar-se-á em breves linhas cada uma dessas posições.

A primeira vertente que professa que os tratados de direitos humanos incorporados ao Direito brasileiro ingressariam no sistema jurídico pátrio com superioridade normativa, entre nós, é defendida por Celso D. de Albuquerque Mello. Em outras palavras, os tratados de direitos humanos estariam acima da Constituição brasileira, usufruindo de um status normativo diferenciado no ordenamento jurídico pátrio. Essa tese é de difícil adequação na medida em que o sistema brasileiro é regido pelo princípio da supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico. Nesse particular assevera Gilmar Ferreira Mendes que: “entendimento diverso anularia a própria possibilidade do controle de constitucionalidade desses diplomas legais.”⁷

6 PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais e proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF. In: *O novo constitucionalismo moderno na era pós-positivista. Homenagem a Paulo Bonavides*. MOURA, Lenise S. Moreira de Moura (org). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 71.

7 MENDES, Gilmar Ferreira. Ver Recurso Extraordinário 466.343-1 São Paulo, relator Ministro Cezar Peluso, recorrente Banco Bradesco S/A e recorrido Luciano Cardoso Santos, proferiu comentários à p. 1139, em julgamento que envolvia a temática da prisão civil por dívida e a aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos.

A segunda posição defende que os tratados de direitos humanos possuiriam estatura constitucional em face do disposto no § 2º do art. 5º da Constituição Federal. Defende essa linha exegética no Brasil, Antonio Augusto Caçado Trindade⁸, Flávia Piovesan⁹, José Afonso da Silva¹⁰, dentre outros.

Assevera Flávia Piovesan que a Constituição Federal de 1988, ao dispor em seu artigo 5º, §2º que “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais”, a contrario sensu, está ela “a incluir, no catálogo dos direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte”. Os tratados de direitos humanos formariam, na concepção de Flavia Piovesan um “bloco de constitucionalidade”.

Conclui a mesma autora que “este processo de inclusão implica na incorporação pelo texto constitucional destes direitos”. Ao incorporar em seu texto esses direitos internacionais, está a Constituição atribuindo-lhes uma natureza especial e diferenciada, qual seja, “a natureza de norma constitucional”, os quais passam a integrar, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente protegidos, interpretação esta consoante com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.¹¹

Há que se enfatizar, porém, que a hierarquia constitucional seria assegurada somente aos tratados que versem sobre direitos humanos, tendo em vista seu caráter especial em relação aos tratados comuns, os quais possuiriam apenas estatura infraconstitucional, extraída do art. 102, III, b, da Carta Magna, que confere ao Supremo Tribunal Federal a competência para “julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”.

A terceira tese acima enunciada prega a ideia de que os tratados de direitos humanos poderiam ser concebidos como equivalentes às leis ordinárias. Foi a posição inicialmente adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004/SE, em que a maioria de seus membros entendeu que ato normativo internacional – no caso, o conflito referia a tema comercial: a Convenção de Genebra - Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias – poderia ser modificado por Lei Nacional

8 CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratados de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

9 PIOVESAN, Flavia. *Tratados internacionais e proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF. In: O novo constitucionalismo moderno na era pós-positivista. Homenagem a Paulo Bonavides*. MOURA, Lenise S. Moreira de Moura (org). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 71.

10 SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 6ª edição, atualizada até a Emenda Constitucional n. 57, de 18.11.2008. São Paulo: Malheiros, 2009.

11 PIOVESAN, Flavia. *Tratados internacionais e proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF. In: O novo constitucionalismo moderno na era pós-positivista. Homenagem a Paulo Bonavides*. MOURA, Lenise S. Moreira de Moura (org). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 52.

posterior, ficando consignado que os conflitos entre duas disposições normativas, uma de direito interno e outra de direito externo, devem ser resolvidos pela mesma regra geral destinada a solucionar antinomias normativas num mesmo grau hierárquico: aplicação do princípio *lex posteriori derogat legi priori*.

Posteriormente, já sob a égide da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal, em 1995, voltou a discutir a matéria no Habeas Corpus n.º 72.131/RJ, tendo como foco, porém, nesta ocasião, o problema específico da prisão civil do devedor como depositário infiel na alienação fiduciária em garantia. Em sua decisão o Supremo Tribunal Federal reafirmou o entendimento de que os diplomas normativos de caráter internacional ingressam no ordenamento jurídico interno no patamar da legislação ordinária e eventuais conflitos normativos deverão ser resolvidos pelo princípio da lei posterior revoga a anterior. Essa tese foi reafirmada em julgados posteriores.¹²

O status infraconstitucional dos tratados de direitos humanos foi fixado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso de Habeas Corpus n.º 79.785/RJ¹³ de Relatoria do Min. Sepúlveda Pertence. Nele foi analisada a eficácia instrumental do duplo grau de jurisdição no direito brasileiro em face da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos. Tal posição foi mantida quando da análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1480¹⁴ e do Recurso Extraordinário n.º 80004 de 1977.¹⁵

O Supremo Tribunal Federal, a despeito do conteúdo do §2º do art.5º da Constituição de 1988 decidiu, inicialmente, que os tratados têm hierarquia de lei infraconstitucional. Assim em face de um conflito entre um tratado e a Constituição, deve prevalecer a segunda. Ao adotar essa posição o Supremo Tribunal Federal não conferiu uma ampla proteção aos direitos humanos, numa posição conservadora, pois como o Texto Constitucional era aberto, poderia o Supremo Tribunal Federal ter adotado uma posição diversa, mais garantidora dos direitos humanos.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal optou por conferir primazia a uma interpretação que prestigia a supremacia formal e material da Constituição, inclusive sobre os tratados e convenções de direitos humanos.¹⁶

12 Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 206.482-3/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 27.5.1998, DJ 5.9.2003; HC n.º 81.319-4/GO, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 24.4.2002, DJ 19.8.2005; HC n.º 77.053-1/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 23.6.1998, DJ 4.9.1998; HC n.º 79.870/SP, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 16.5.2000, DJ 20.10.2000; RE n.º 282.644-8/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/o acórdão Min. Nelson Jobim, julgado em 13.2.2001, DJ 20.9.2002.

13 Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 79.785/RJ. Rel. Sepúlveda Pertence. DJ 22/11/2002

14 Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1480/DF. Rel Celso de Mello. DJ 18/05/1977.

15 Cf. CONI, Luís Cláudio. *A internacionalização do poder constituinte*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006., p.96.

16 Cf. SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. “Tratados De Direitos Humanos e a Evolução Jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal” *In. A problemática dos direitos*

3. A Reforma do Poder Judiciário e os Tratados de Direitos Humanos

A Emenda à Constituição n.45, de 30 de dezembro de 2004, conhecida como “Reforma do Judiciário” introduziu o §3º parágrafo ao artigo 5º, que dispõe “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 à Constituição.”

O debate em torno do status normativo dos tratados e convenções sobre direitos humanos ratificados anteriormente a essa Emenda, não foram resolvidos. Todavia, a aprovação no direito interno, da Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência nos termos do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, não é possível o afastamento absoluto sem, pelo menos uma breve incursão sobre a questão.

Interessante registrar que para Flávia Piovesan, todos os tratados concernentes aos direitos humanos são – e sempre foram - materialmente constitucionais por força do artigo 5º, § 2º, independentemente de aprovação por quorum especial, compondo o bloco de constitucionalidade, dada a prevalência da lógica material e não formal orientada por valores e princípios albergados pela Constituição. No entanto, não era essa a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

Acredita-se que o objetivo do § 3º do artigo é o de reconhecer de modo explícito a natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos. Com a inovação introduzida pelo § 3º, passaram a existir duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: os materialmente constitucionais, que segundo Flávia Piovesan seriam todos, e os material e formalmente constitucionais. Estes se houver o cumprimento do iter previsto no novo parágrafo 3º do artigo 5º, serão equiparados às emendas à Constituição, no âmbito formal.¹⁷

No mesmo sentido, afirma Celso Lafer¹⁸ que, com a vigência da Emenda à Constituição n° 4504, os tratados internacionais ratificados pelo Brasil para serem formalmente constitucionais devem obedecer ao cumprimento do estabelecido no novo § 3º do artigo 5º.

Tal posição também é sustentada por José Afonso da Silva, para quem o status de norma constitucional formal só será alcançado se os decretos legislativos por meio dos quais o Congresso referendar forem aprovados com o quorum qualificado (três quintos e

humanos fundamentais na América Latina e na Europa. Organizadores: Narciso Leandro Xavier, Gerson Luiz Carlos Branco; Marcelo Porciuncula. Joaçaba: Unoesc, 2012, p.185.

17 PIOVESAN, Flávia. *Tratados internacionais e proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF. In: O novo constitucionalismo moderno na era pós-positivista. Homenagem a Paulo Bonavides.* MOURA, Lenise S. Moreira de Moura (org). São Paulo: Saraiva, 2009. 72 e 76.

18 LAFER, Celso. *Internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais.* São Paulo: Manole, 2005, p. 17.

com duas votações em cada Casa do Congresso), e após a ratificação pelo Poder Executivo, afirmando que:

Entendia-se que essa incorporação era automática, diferentemente do que ocorre com outros tipos de tratados e acordos internacionais, dependentes sempre de referendo congressual e ratificação governamental para sua eficácia interna. Essa questão precisa ser repensada em face desse § 3º, porque a exigência de um ‘quorum’ qualificado para referendo congressual dos tratados e convenções de direitos humanos, para que tenham natureza constitucional formal, implica reconhecer que esses ajustes internacionais dependem, para ingressar no ordenamento interno do referendo do Congresso Nacional e ratificação do Poder Executivo, como qualquer tratado e acordo internacional – o que é uma pena, porque a incorporação automática, como direito constitucional, seria uma forma de destacar seu valor para além das circunstâncias de lugar e de tempo.¹⁹

Os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos incorporados a ordem interna, segundo o iter procedimental do § 3º do artigo 5º da Constituição possuem um regime jurídico diverso dos tratados de direitos humanos apenas materialmente constitucionais. Nesse sentido é a posição de Valério Mazzuoli que assevera que, com o advento do § 3º ao artigo 5º, faz-se necessário distinguir se o tratado que se pretende denunciar é material e formalmente constitucional nos termos do § 3º do art. 5º, ou se apenas detém status de norma constitucional, isto é, se é apenas materialmente constitucional em virtude do art. 5º § 2º.²⁰

Essa distinção é reforçada por Flávia Piovesan assegurando que, enquanto os tratados materialmente constitucionais podem ser suscetíveis de denúncia por parte do Estado signatário, em virtude das peculiaridades do regime de Direito Internacional público, sendo de rigor a democratização do processo de denúncia, com a necessária participação do Legislativo, diversamente, os tratados materialmente e formalmente constitucionais não podem ser objeto de denúncia. Isto porque, assevera a mesma autora:

Os direitos neles enunciados receberam assento no Texto Constitucional, não apenas pela matéria que veiculam, mas pelo grau de legitimidade popular contemplado pelo especial e dificultoso processo de aprovação, concernente à maioria de três quintos dos votos dos membros, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação. Ora, se tais direitos internacionais passaram a compor o quadro constitucional, não só no campo material, mas também no formal, não há como admitir

19 SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 6ª edição, atualizada até a Emenda Constitucional n. 57, de 18.11.2008. São Paulo: Malheiros, 2009 p. 180.

20 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O novo § 3º do art. 5º da constituição e sua eficácia*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, ano 42, nº 167, jul/set. 2005, p. 110.

que um ato isolado e solidário do Poder Executivo subtraia tais direitos do patrimônio popular – ainda que a possibilidade de denúncia esteja prevista nos próprios tratados de direitos humanos ratificados, como já apontado. É como se o Estado houvesse renunciado a essa prerrogativa de denúncia, em virtude da “constitucionalização formal” do tratado no âmbito jurídico interno.²¹

A possibilidade de os tratados de direitos humanos serem equivalentes às emendas à Constituição só é aplicável aos tratados celebrados após a entrada em vigor da EC n.45/04. A referida Emenda não tem efeitos retroativos, de modo que os tratados anteriores não usufruem de *status* constitucional.

Tal circunstância de certa maneira prejudica a proteção e efetividade dos direitos humanos, pois os principais tratados e convenções de direitos humanos já foram aprovados pelo Brasil e carecem de *status* constitucional.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal levou a efeito uma alteração na sua jurisprudência no que se refere ao status normativo dos tratados de direitos humanos aprovados antes do advento da Emenda à Constituição n. 45/04.

4. Status Supralegal dos Tratados de Direitos Humanos Anteriores à Emenda à Constituição n. 45/04

Em face dessa mudança de paradigma realizada pelo Congresso Nacional ao aprovar a Emenda à Constituição n. 45/04 e introduzir o parágrafo 3º ao art. 5º, conferindo a possibilidade de os tratados de direitos humanos serem equivalentes à emenda constitucional o Supremo Tribunal Federal alterou a sua jurisprudência sobre o tema.

O Supremo Tribunal Federal levou em consideração o quinto método de interpretação constitucional²² defendido por Peter Häberle, qual seja, “comparação jurídica” ao lado dos quatro métodos clássicos de interpretação elaborados por Savigny (gramatical, histórico, lógico e sistemático).²³ Nele reconhece-se que o Estado deve sofrer os efeitos da ordem internacional da qual é também um co-criador e que os tribunais nacionais podem se valer das decisões de tribunais de outros Países para solucionarem o caso concreto.²⁴

21 PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais e proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF. In: *O novo constitucionalismo moderno na era pós-positivista. Homenagem a Paulo Bonavides*. MOURA, Lenise S. Moreira de Moura (org). São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 77-79.

22 HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

23 Cf. KOTZUR, Markus e HÄBERLE, Peter. *De la soberania al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeu-latinoamericano*. trad: Héctor Fix-Fierro. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, p. 14.

24 Cf. KOTZUR, Markus e HÄBERLE, Peter. *De la soberania al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeu-latinoamericano*. trad: Héctor Fix-Fierro. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, p. 15.

Surge uma nova vertente doutrinária e jurisprudencial que o caráter supralegal dos tratados de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados de direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Essa tese foi aventada no julgamento do Recurso de Habeas Corpus nº 79.785 – RJ, no voto do eminente Relator Ministro Sepúlveda Pertence, em 2000, que envolvia o alcance interpretativo do princípio do duplo grau de jurisdição, previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos. Manifestou seu voto da seguinte forma:

Certo, com o alinhar-me ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não assumo compromisso de logo – como creio ter deixado expresso no voto proferido na ADInMc 1.480 – com o entendimento, então majoritário – que, também em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais – preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis.

Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são, com grande frequência, precisamente porque – alçados ao texto constitucional – se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim com à recepção das anteriores à Constituição (...).

Se assim é, à primeira vista, parificar

às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º, § 2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos.²⁵

O Ministro Gilmar Ferreira Mendes, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343-SP defendeu a tese que os tratados de direitos humanos valem como normas supraleais. Está-se diante de uma categoria normativa intermediária entre a Constituição e as leis infraconstitucionais.²⁶, que versava sobre a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel. A Constituição de 1988 no inc. LXII do art. 5º autoriza a prisão civil no caso do depositário infiel, mas o pacto de São José da Costa Rica proíbe a prisão civil nesta hipótese. Constata-se a existência de um conflito entre o disposto no corpo da Constituição e o conteúdo do tratado.

Ao examinar a questão o Supremo Tribunal Federal optou por conceder caráter supralegal ao tratado e proibiu a prisão do depositário infiel. Reconheceu-se que a Constituição permite a prisão, mas como o Pacto de São José da Costa Rica proíbe em virtude

25 Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus nº 79.785- RJ, Pleno, por maioria, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22.11.2002, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso.

26 Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP. Rel. Cezar Peluso. DJ 05/06/2009.

de sua supralegalidade, resta invalidada a regulamentação do dispositivo constitucional tornando inviável a prisão do depositário infiel.

Adverte-se que não foi conferido *status* constitucional aos tratados de direitos humanos, no entanto, o efeito prático é o mesmo: resta impedida a prisão do depositário infiel. Contudo, tão posicionamento representa indubitavelmente um avanço na proteção dos direitos humanos, na exata medida em que os tratados de direitos humanos passam a usufruir de um *status* normativo diferenciado no ordenamento jurídico que o coloca acima das demais leis.

Contudo, o tão almejado *status* constitucional não foi concedido aos tratados de direitos humanos anteriores à EC n. 45/04 pela Corte Suprema. Todavia, frise-se a adoção do caráter supralegal já representou um grande avanço na jurisprudência pátria que até então só reconhecia o caráter legal dessas normas.

A supralegalidade possibilita que os mesmos paralise a eficácia jurídica de qualquer ato normativo infraconstitucional com eles conflitantes. Deste modo nenhum ato normativo infraconstitucional pode contrariar o disposto no tratado de direitos humanos que lhe é superior em razão de sua supralegalidade.²⁷

Ao conferir caráter supralegal aos tratados de direitos humanos aprovados antes da Emenda à Constituição n.45/05 criou-se uma nova espécie normativa que se encontra abaixo da Constituição e acima da lei ordinária. Adotou-se uma posição intermediária entre a teoria monista e dualista.

Feitas estas observações sobre os tratados de direitos humanos e a introdução do parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 45/04, mostra-se importante registrar que o Congresso Nacional recentemente teve oportunidade de se manifestar, pela primeira vez, acerca da Convenção Internacional relacionada aos direitos humanos e aplicar o procedimento previsto no aludido parágrafo 3º do artigo 5º do Texto Constitucional.

5. A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

Em 30 de março de 2007, na Cerimônia de Assinaturas ocorrida na sede da Organização das Nações Unidas em Nova Iorque, vários países, dentre os quais o Brasil, tornaram-se signatários da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e do seu Protocolo Facultativo. O único país signatário que aderiu ao tratado no ato de sua assinatura foi a Jamaica, pois o seu sistema jurídico nacional assim o permite.

27 Cf. SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. “Tratados De Direitos Humanos e a Evolução Jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal” *In. A problemática dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa*. Organizadores: Narciso Leandro Xavier, Gerson Luiz Carlos Branco; Marcelo Porciuncula. Joaçaba: Unoesc, 2012, p.185

De acordo com o artigo 84, inciso VIII da Constituição Federal do Brasil, a assinatura de tratados internacionais é de competência do Presidente da República, podendo essa função ser delegada a outra autoridade - a assinatura dessa Convenção foi firmada por Rogério Sottilli - Secretário Adjunto da Secretaria Especial de Direitos Humanos, por delegação do Presidente da República. Para que o Estado brasileiro confirme o compromisso de fazer parte perante a comunidade internacional, o que inclui respeitar, obedecer e fazer cumprir as obrigações e direitos previstos em tratados ou convenções internacionais, o processo de ratificação deve passar, de acordo com o artigo 49, I da Constituição pelo referendado do Poder Legislativo, que deve confirmar o compromisso do ato do Poder Executivo. Foi o que ocorreu com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo.

O Congresso Nacional, fazendo uso da competência que lhe foi conferida pelo disposto no artigo 5º, § 3º, promulgou o Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008, no qual aprovou a referida Convenção,²⁸ com finalidade precípua, consoante dispõe seu artigo 1º dessa Convenção, de “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente”.

Após a promulgação do Decreto Legislativo nº 186, o Presidente da República, no uso das atribuições que lhe conferem o artigo 84, inciso VI, ratificou a referida Convenção através do Decreto nº 6.949, em 25 de agosto de 2009.²⁹

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência passa a ser o primeiro Tratado Internacional de Direitos Humanos a ingressar na ordem jurídica interna com

28 Decreto Legislativo nº 186/2008 transcrito anteriormente na nota 4 desse trabalho.

29 Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009 – Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e Considerando que o Congresso Nacional aprovou, por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, conforme o procedimento do § 3º do art. 5º da Constituição, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007; Considerando que o Governo brasileiro depositou o instrumento de ratificação dos referidos atos junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas em 1º de agosto de 2008; Considerando que os atos internacionais em apreço entraram em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, em 31 de agosto de 2008; DECRETA:

Art. 1º A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, apensos por cópia ao presente Decreto, serão executados e cumpridos tão inteiramente como neles se contém.

Art. 2º São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão dos referidos diplomas internacionais ou que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, nos termos do art. 49, inciso I, da Constituição.

Art. 3º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 25 de agosto de 2009; 188º da Independência e 121º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Celso Luiz Nunes Amorim

status de equivalência constitucional, por ter atingido o *quorum* qualificado nos exatos termos da regra que imposta pelo § 3º da Constituição Federal.

Essa *equivalência*, conforme salientado por Valério Mazzuoli, significa que estes tratados e convenções internacionais adquirirão os seguintes efeitos: passarão a *reformular* a Constituição, sendo, dessa forma, também formalmente constitucionais e, não poderão ser *denunciados*, nem mesmo com Projeto de Denúncia elaborado pelo Congresso Nacional, podendo ser o Presidente da República responsabilizado em caso de descumprimento a esta regra. Nesse sentido assevera o mesmo autor que:

Assim sendo, mesmo que um tratado de direitos humanos preveja expressamente a sua denúncia, essa não poderá ser realizada pelo Presidente da República unilateralmente (como é a prática brasileira atual em matéria de denúncia de tratados internacionais), e nem sequer por meio de Projeto de Denúncia elaborado pelo Congresso Nacional, uma vez que tais tratados equivalem às emendas constitucionais, que são (em matéria de direitos humanos) cláusulas pétreas do texto constitucional.³⁰

Contudo, esse aspecto não é pacífico, uma vez que o §3º do art. 5º necessita de uma regulamentação para esclarecer alguns aspectos controvertidos do dispositivo constitucional, dentre eles, destacam-se quem tem legitimidade para apresentar o tratado de direitos humanos como norma constitucional, no caso de o quórum de três quintos não ser alcançado na aprovação do tratado ele pode ser aprovado como lei ordinário e também se o tratado aprovado na forma do referido paragrafo pode ser denunciado ou não.³¹

A Organização das Nações Unidas editou outros tratados de direitos humanos não específicos, os quais são instrumentos aplicáveis para a defesa dos direitos das pessoas com deficiência, tais como: a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (1948), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1965), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto Internacional sobre Direitos, Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção sobre Tortura e outros tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979) e seu Protocolo Facultativo (1999), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) e seus dois Protocolos Facultativos

30 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O novo § 3º do art. 5º da constituição e sua eficácia*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, ano 42, nº 167, jul/set. 2005, p. 106 e 108.

31 Cf. SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. “Tratados De Direitos Humanos e a Evolução Jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal” *In. A problemática dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa*. Organizadores: Narciso Leandro Xavier, Gerson Luiz Carlos Branco; Marcelo Porciuncula. Joaçaba: Unoesc, 2012, p.186 e 187.

(2000). Todavia, a experiência de aplicação desses tratados mostrou-se insuficiente para promover e proteger os direitos das pessoas com deficiência.

Dentro desse contexto, insere-se a Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, com o propósito de proteger e assegurar condições de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais para todas as pessoas com deficiências.³²

A presente Convenção não teve a preocupação de instituir novos direitos humanos e liberdades fundamentais para as pessoas com deficiência, mas em garantir que essas pessoas possam vir a usufruí-los. Para que isso ocorra, adotou a Convenção como parâmetro condições de igualdade, tanto que, ao desdobrar o artigo 1º, reforçou a ideia de que as *barreiras*³³, e em nosso estudo, as barreiras físicas, impedirão a participação dessas pessoas de usufruírem de seus direitos em condições de igualdade.

A principal contribuição deste tratado de direitos humanos é a positivação da mudança de paradigma da visão da deficiência no mundo, que passa do modelo médico e assistencialista, predominante por muitos anos na história da humanidade, como exposto quando abordamos o conceito de pessoa com deficiência, para o modelo social dos direitos humanos.

A Convenção, ao ter reconhecido o modelo social como o mais novo paradigma para conceituar as pessoas com deficiência, embasou também a consolidação da *acessibilidade* positivada como princípio fundamental para que esse segmento concretize seus direitos fundamentais em todos os aspectos de suas vidas.

Nesse sentido, assevera Laís Vanessa Carvalho de Figueirêdo Lopes, que a acessibilidade como direito natural, inato ao ser humano, poderia ser eventualmente concedida se pleiteada por uma pessoa com deficiência, mas não havia dispositivo de texto legal internacional que garantisse o seu provimento universal. “Com o novo tratado de direitos humanos que promoveu o seu reconhecimento global e positivo, assegura-se legitimidade e a implantação da acessibilidade como princípio norteador dos sistemas jurídicos e como um direito fundamental”.

Portanto, conclui a mesma autora, a acessibilidade surge no cenário global como um *direito forte*, suportado por tratado internacional, reconhecida com um duplo caráter: constituindo tanto como *princípio* norteador, quanto como um *direito*. E como *princípio-direito*

32 “Artigo 1º - Propósito: o propósito da presente Convenção é o de promover, proteger e assegurar o desfrute pleno de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por parte de todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua inerente dignidade”.

33 “Art. 1º - Propósito: (...) pessoa com deficiência são aquelas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, as quais, **em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com diversas pessoas**”. (grifo nosso)

obriga os Estados à sua implementação como garantia fundamental, extremamente relevante para a concretização dos direitos humanos das pessoas com deficiência.³⁴

6. Conclusões

No Brasil, a Constituição de 1988 se mostrou aberta ao Direito Internacional e a proteção dos direitos humanos, na medida em que trouxe no §2º do art. 5º, uma cláusula aberta que permitia por meio da interpretação que os tratados de direitos humanos recebessem *status* constitucional, formando um bloco de constitucionalidade na denominação de Flavia Piovesan.

No entanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ao interpretar o referido dispositivo constitucional se mostrou conservadora na influência do Direito Internacional sobre o direito interno, principalmente, ao definir que os tratados de direitos humanos tem *status* de lei ordinária dentro do ordenamento jurídico pátrio.

O Poder Legislativo, por sua vez, tendo em vista o processo de internacionalização e a necessidade de se conferir maior eficácia aos direitos humanos promulgou a EC n. 45/04 que no §3º do art. 5º abriu a possibilidade de os tratados de direitos humanos serem equiparados às emendas à Constituição desde que respeitados alguns requisitos para sua aprovação: quorum de três quintos e votação em dois turnos.

Nesse contexto, é aprovada a Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência na forma prevista no referido parágrafo. Trata-se, portanto, do primeiro tratado de direitos humanos que possui *status* constitucional. Isso representa, indubitavelmente um avanço na proteção dos direitos humanos no Brasil. Soma-se a isso o fato de o Supremo Tribunal Federal em face das modificação trazidas pela Emenda à Constituição n. 45/04 ter levado a efeito uma alteração em sua jurisprudência para conferir *status* normativo supralegal aos tratados de direitos humanos aprovados antes da Emenda à Constituição n. 45/04.

Tem-se, assim, um novo cenário na proteção dos direitos humanos no Brasil, pois as alterações realizadas no Texto Constitucional e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal propiciam uma maior proteção aos direitos humanos.

7. Referências

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratados de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

³⁴ LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueirêdo. *Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência da ONU e seu protocolo facultativo e a acessibilidade*. Dissertação de Mestrado em Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 140-141.

- CONI, Luís Cláudio. *A internacionalização do poder constituinte*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.
- DELMAS-MARTY, Mireile. *Por um direito comum*, São Paulo: Martins fontes, 2004,p. 47, tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão.
- HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional cooperativo*.Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- KOTZUR, Markus e HÄBERLE, Peter. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para um diálogo europeu-latinoamericano*. trad: Héctor Fix-Fierro. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003.
- LAFER, Celso. *Internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2005.
- LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueirêdo. *Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência da ONU e seu protocolo facultativo e a acessibilidade*. Dissertação de Mestrado em Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O novo § 3º do art. 5º da constituição e sua eficácia*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, ano 42, nº 167, jul/set. 2005.
- MEYER- PFLUG, Samantha Ribeiro. “A internacionalização do Direito Constitucional”. *In.: Coletânea de Estudos Jurídicos*. ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSON, Zilah Maria Callado Fadul. Coordenadoras. MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Organizadora. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2008.
- PIOVESAN, Flávia. *Tratados internacionais e proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF*. *In: O novo constitucionalismo moderno na era pós-positivista. Home-nagem a Paulo Bonavides*. MOURA, Lenise S. Moreira de Moura (org). São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 6ª edição, atualizada até a Emenda Constitucional n. 57, de 18.11.2008. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. “Tratados De Direitos Humanos e a Evolução Jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal” *In. A problemática dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa*. Organizadores: Narciso Leandro Xavier, Gerson Luiz Carlos Branco; Marcelo Porciuncula. Joaçaba: Unoesc, 2012.
- TOURARD, Héléne. *L’internationalisation dès Constitutions Nationales*. Paris: L.G.D.J., 2008.