



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UNICEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - FAJS

TAMIRES TERESA GOMES FURTADO

**A HIERARQUIA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS E A
CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM
DEFICIÊNCIA**

Brasília
2014

TAMIRES TERESA GOMES FURTADO

**A HIERARQUIA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS E A
CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM
DEFICIÊNCIA**

Monografia apresentada como requisito de conclusão do curso de bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Aline Albuquerque Sant'anna de Oliveira.

Brasília
2014

TAMIRES TERESA GOMES FURTADO

**A HIERARQUIA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS E A
CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM
DEFICIÊNCIA**

Monografia apresentada como requisito de conclusão do curso de bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Aline Albuquerque Sant'anna de Oliveira.

Brasília, de 2014.

Banca Examinadora

Prof. Orientador

Prof. Examinador

Prof. Examinador

Dedico este trabalho aos meus pais, Rosane e Danilo, meus maiores exemplos, pelos seres humanos que são e por todo o amor, compreensão, preocupação, ensinamentos e companheirismo dedicados à mim.

AGRADECIMENTO

Agradeço, primeiramente, à Deus, pela benção de todos os dias.

Às minhas irmãs, Talita e Taisa, eternas melhores amigas, por me inspirarem à dedicação, à responsabilidade e à competência.

Ao meu namorado, Leonardo, por todo o incentivo e por me transmitir calma nos momentos de angústia.

Às minhas companheiras de faculdade e grandes amigas, Aline, Bárbara, Jéssica e Rebecca, por dividirem comigo momentos de alegrias, de angústias, de sabedorias, de medos e sonhos.

À professora Aline Albuquerque, por todo apoio, atenção e orientação.

RESUMO

Trata-se de monografia que visa o estudo acerca da hierarquia atribuída aos tratados de direitos humanos no Estado brasileiro, especialmente à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, único tratado que possui equivalência à Emenda Constitucional. Os tratados de direitos humanos surgiram com o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos e objetivam assegurar, em uma esfera internacional, os direitos e deveres devidos por todos e garantidos a todos. Por sua importância, vez que acordam sobre indivíduos e não mais sobre Estados, correntes e questionamentos surgiram quanto à hierarquia que a eles deveria ser atribuída, se constitucional, supraconstitucional, supralegal ou infraconstitucional. A Emenda Constitucional nº 45/2004 buscou solucionar a controvérsia que cercava a hierarquia desses tratados, introduzindo ao art. 5º, o parágrafo 3º, o qual estabeleceu que tratados de direitos humanos aprovados com quórum de Emenda Constitucional, seriam a ela equivalentes. Porém, outros questionamentos afloraram, como por exemplo, qual seria a hierarquia dos tratados não aprovados com o referido quórum. Em meio a esses conflitos, o Supremo Tribunal Federal atribui aos tratados que não alcançaram equivalência à Emenda à Constituição, a supralegalidade, gerando novos questionamentos acerca desse sistema misto. Nesse cenário, é aprovado o primeiro e único tratado de direitos humanos com status de norma constitucional, a partir do qual veremos, na prática, os efeitos de ter normas com equivalência à Emendas Constitucionais e, portanto, que passam a reger o ordenamento jurídico interno, vez que são ditames constitucionais.

Palavras-chave: Direitos Internacional de Direitos Humanos. Tratados de Direitos Humanos. Hierarquia. Emenda Constitucional. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS	9
1.1 A origem e o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos	9
1.2 Os tratados de direitos humanos	12
1.3 Especificidades do Direito Internacional dos Direitos Humanos	19
2. A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL E A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004	23
2.1 A formação e incorporação dos tratados.....	23
2.2 O nível hierárquico dos tratados de direitos humanos	26
2.2.1 <i>A hierarquia constitucional</i>	28
2.2.2 <i>A hierarquia infraconstitucional</i>	29
2.2.3 <i>A hierarquia supraconstitucional</i>	30
2.2.4 <i>A hierarquia supralegal</i>	31
2.3 O entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos.....	32
2.4 A Emenda Constitucional n.º 45/2004 e a hierarquia dos tratados de direitos humanos.....	35
3. ESTUDO DE CASO SOBRE A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA	44
3.1 Proteção das pessoas com deficiência pela Constituição Federal/88	46
3.2 A Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência	47
3.3 Consequências da internalização da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência	53
3.4 Políticas Públicas adotadas no Brasil após a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência	55
3.5 Estatuto das Pessoas com Deficiência	58
CONCLUSÃO	62
REFERÊNCIAS	65

INTRODUÇÃO

Em meio aos horrores praticados contra a pessoa humana na Segunda Guerra Mundial, buscou-se uma forma de proteger os direitos humanos, proteção que permitisse que estes, considerados direitos básicos à condição humana, aqueles que todos devem possuir para se desenvolver e ter uma vida digna, fossem respeitados e garantidos. A solução, então, foi dar a essa proteção uma esfera internacional. Nasce, assim, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, e, como consequência, os tratados de direitos humanos.

Esses novos tratados passam a acordar sobre normas referentes à pessoa humana, mais precisamente acerca dos seus direitos humanos, e não mais sobre a regulação da relação entre os Estados. Devido a esse diferencial, iniciou-se uma controvérsia acerca do status jurídico que os tratados de direitos humanos deveriam possuir quando internalizados.

Surgem, então, no Brasil, quatro correntes que atribuíam aos tratados de direitos humanos diferentes status jurídicos: o supraconstitucional, o constitucional, o supralegal e o infraconstitucional. Nascendo, assim, um conflito e uma problemática que envolvia doutrinadores e juristas.

Com a Constituição Federal de 1988, a corrente que defendia o status jurídico de norma constitucional dos tratados de direitos humanos, ganhou força e argumentos, vez que as garantias estabelecidas nesses tratados foram ressaltadas em seu art. 5º, §2º. É nesse cenário que a Emenda à Constituição nº 45 de 2004 tenta solucionar a controvérsia e introduz ao art. 5º da Constituição Federal, o §3º, o qual determina que os tratados de direitos humanos aprovados com o quórum de Emenda Constitucional serão a estas equivalentes.

Após, o Supremo Tribunal Federal ao julgar os Recursos Extraordinários de nº 349.703/RS e 466.343/SP, decidiu que os tratados de direitos humanos que não aprovados nos moldes do art. 5º, §3º passariam a ter status jurídico de norma supralegal. Desenvolveu-se, então, novos problemas e conflitos.

Portanto, este trabalho visa à compreensão da temática acerca da hierarquia dos tratados de direitos humano, além de um estudo de caso sobre a “Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência”, único instrumento internacional que possui status jurídico de

norma constitucional. Para que este trabalho alcance seu objetivo final, empregou-se pesquisa bibliográfica e documental.

O primeiro capítulo abordará, primeiramente, a história dos direitos humanos e a sua importância. Seguindo, então, para o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, buscando entender o porquê da sua necessidade e como ele serviu de base para que surgissem os tratados de direitos humanos.

O segundo capítulo iniciará com a abordagem sobre a elaboração, ratificação e internalização dos tratados. Após, o estudo passará à análise da hierarquia dos tratados de direitos humanos ao longo do tempo, buscando o entendimento da jurisprudência e o que fundamenta as diferentes correntes a respeito do tema. Buscará compreender o porquê da problemática, apresentando as diversas opiniões sobre qual deveria ser a hierarquia e possíveis soluções defendidas.

Ao final, no terceiro capítulo, será apresentado um estudo de caso sobre o único instrumento internacional aprovado nos moldes do art. 5º, §3º da Constituição Federal, ou seja, com votação em dois turnos, nas duas casas legislativas, Câmara dos Deputados e Senado Federal, por 3/5 dos votos. Portanto, será feito um estudo de caso sobre a “Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência”, abordando sua aprovação legislativa, a proteção constitucional existente aos deficientes antes da Convenção, as consequências desta aprovação e da sua equivalência à emenda constitucional, além de análise das políticas públicas adotadas pelo Brasil para concretizar a referida Convenção.

Por fim, espera-se que haja a compreensão sobre todo conflito que cercou a hierarquia dos tratados de direitos humanos e o porquê da importância da sua definição, vez que dependendo do seu status jurídico o tratado pode ser superior ou inferior às leis ordinárias, equivalente à Constituição ou invalidar ou não uma lei interna que lhe seja contrário. Deste modo, é importante para definir possíveis conflitos entre ele e leis internas, assim como seu grau de exigibilidade. Conclusão que se objetiva chegar principalmente após o estudo de caso da Convenção sobre Pessoas com Deficiência, o qual mostrará alguns dos efeitos da sua aprovação e conseqüente equivalência às Emendas Constitucionais.

1. O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

1.1 A origem e o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos

Para se falar do Direito Internacional dos Direitos Humanos é importante definir, em síntese, o que são os direitos humanos e, após, como o Direito Internacional dos Direitos Humanos se originou e se desenvolveu.

A definição do que são os chamados direitos humanos, principalmente no que se refere à sua origem, sempre motivou discussões e causou divisões de opiniões se seriam direitos inerentes à pessoa humana ou se seriam direitos construídos ao longo do tempo.¹

Porém, apesar de toda a polêmica em volta dessa natureza, os direitos humanos estão intimamente ligados à dignidade da pessoa humana, sendo esta considerada como “fundamento dos direitos humanos”.² Portanto, os direitos humanos são os direitos necessários para que um indivíduo tenha condições de que sua vida seja digna.

Neste sentido, durante a construção do Direito Internacional dos Direitos Humanos, foram sendo elencados internacionalmente os considerados direitos essenciais a todo ser humano.

Difícil definir quando precisamente o Direito Internacional dos Direitos Humanos nasceu. Mas, é claro que o seu desenvolvimento está sempre ligado a grandes tragédias. Costuma-se relacionar os seus primeiros sinais e o início do seu desenvolvimento com o Direito Humanitário, as Ligas das Nações e a Organização Internacional do Trabalho.³

O Direito Humanitário surgiu como um direito na guerra, um direito que visava proteger e dar assistência aos soldados e civis atingidos em conflitos armados.

¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. São Paulo: Max

² *Ibidem*, p. 125.

³ *Ibidem*.

Dava-se o primeiro limite à soberania dos Estados no que concerne à observância dos direitos humanos.⁴

A primeira grande tragédia, e considerada um marco na história do Direito Internacional dos Direitos Humanos, é a Primeira Guerra Mundial. Desta, cabe destacar o genocídio do povo armênio realizado pelos turcos com o objetivo de anexar o território Armênio ao Império Otomano, em 1915. Somou-se mais de 1.500.000 assassinatos, aliados a um tratamento degradante englobando crianças, mulheres e grávidas, que eram frequentemente expulsas de casa de maneiras vexatórias.⁵

Mais tarde nasceu a Liga das Nações, que visava à paz e à segurança internacional, apresentando em sua Convenção, em 1920, os primeiros pilares dos direitos humanos.⁶

Foi também após a Primeira Guerra Mundial, em 1919, que foi criada a Organização Internacional do Trabalho, visando promover padrões e garantias de condições mínimas de trabalho.⁷

Estes, sem dúvidas, foram instrumentos internacionais importantes na história do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Porém, o grande ápice e impulso para a construção de um Direito Internacional dos Direitos Humanos, como forma de delinear os direitos humanos para que fossem observados por todas as nações, foi, com certeza, os horrores ocorridos na Segunda Guerra Mundial, período histórico em que ocorreram maciças violações dos direitos da pessoa humana.⁸

Portanto, nos dizeres de Sidney Guerra, “A Segunda Guerra Mundial havia deixado um rastro incomensurável de destruição e afronta aos valores mais essenciais do ser

⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 126.

⁵ PEDROSO, Célia Regina. *10 de dezembro de 1948 A Declaração Universal dos Direitos Humanos*. São Paulo: Companhia, 2005. p. 14.

⁶ PIOVESAN, Flávia, op. cit., p. 126.

⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito Internacional: tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001. p. 69.

⁸ PIOVESAN, Flávia, op. cit., p. 131.

humano. O aviltamento à dignidade humana havia chegado a níveis que jamais poderiam ser imaginados.”⁹

Foi então em meio a essas grandes tragédias do século XX e todas as atrocidades cometidas contra os indivíduos na Segunda Guerra Mundial, principalmente pelos nazistas, que a pessoa humana passou a ser o grande foco da esfera internacional aliada à urgente necessidade de reconstrução dos valores dos direitos humanos e de uma proteção internacional a eles.¹⁰

Diante dessa necessidade de proteção internacional aos direitos humanos, e visando construir um sistema que buscasse garantir a paz e a segurança internacional, instituiu-se, em 26 de junho de 1945, a Organizações das Nações Unidas - ONU, uma organização que objetiva:

“a manutenção da paz e segurança internacional, o desenvolvimento das relações amistosas entre os Estados, o alcance da cooperação internacional no plano econômico, social e cultura, o alcance de um padrão internacional de saúde, a proteção ao meio ambiente, a criação de uma nova ordem econômica internacional e a proteção internacional dos direitos humanos.”¹¹

A Carta da ONU já apresentava um ensaio dos direitos humanos que deveriam ser protegidos. Porém, foi em 10 de dezembro de 1948 que a Assembleia Geral da ONU proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos.¹²

Definiu-se um padrão comum dos direitos individuais a serem protegidos internacionalmente, sendo subdivididos em “direitos civis e políticos” e “direitos econômicos, sociais e culturais”.

Pode-se falar, então, no nascimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, e do surgimento de inúmeros instrumentos internacionais de proteção.

⁹ GUERRA, Sidney. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 75.

¹⁰ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 38.

¹¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 13-140.

¹² PEDROSO, Célia Regina. *10 de dezembro de 1948 A Declaração Universal dos Direitos Humanos*. São Paulo: Companhia, 2005. p. 18.

1.2 Os tratados de direitos humanos

Como já exposto neste capítulo, os direitos humanos passaram a ser reconhecidos universalmente através da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948.

Em tal Declaração, foi afirmada a igualdade de todas as pessoas, e, portanto, a proibição de qualquer tipo de discriminação, seja por cor, raça, religião, opinião ou situação política. Afirmou-se também os direitos à liberdade, à vida e à segurança pertencentes a todos.¹³

Ademais, são elencados diversos direitos civis e políticos, como proibição à escravidão, à tortura, proibição de prisão arbitrária, direito ao julgamento justo, à nacionalidade, à propriedade, à liberdade de reunião, à inviolabilidade da vida privada, da vida em família, da honra, entre outros.¹⁴ Além dos direitos econômicos, sociais e culturais, como o direito ao trabalho, ao emprego livre, à remuneração, ao repouso, às férias e a participação livre na vida cultural.¹⁵

Enfim, a Declaração Universal dos Direitos Humanos ao elencar os direitos básicos e fundamentais pertencentes a todos os indivíduos “proclama o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações”.¹⁶

Porém, tal instrumento, por ser apenas uma declaração, um reconhecimento, não possuía o condão de norma jurídica, ou seja, não era capaz de obrigar e vincular os Estados à observância de preceitos.¹⁷ Surgiu, então, a necessidade de atribuir aos direitos humanos declarados como fundamentais e universais, o seu devido caráter obrigacional.

¹³ ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. 1. ed. São Paulo: FTD, 1997. p. 27.

¹⁴ *Ibidem*, p. 28.

¹⁵ *Ibidem*, p. 29.

¹⁶ *Ibidem*, p. 27.

¹⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 163.

Nesse sentido, passa-se ao entendimento de que a “Declaração Universal dos Direitos Humanos” deveria ser juridicizada sob a forma de tratado, para que “fosse juridicamente obrigatória e vinculante no âmbito do Direito Internacional.”¹⁸

Há, então, em 1966, a aprovação, embora só tenham entrado vigor em 1976, de dois tratados que visavam tornar juridicamente exigíveis os direitos proclamados na Declaração de 1948. São o “Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos” e o “Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”. Os quais formaram mais tarde, junto à Declaração, o “International Bill of Rights” (Carta Internacional dos Direitos Humanos)¹⁹.

Tais pactos trazem, além dos direitos elencados na Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, novas normas de proteção à pessoa humana e obrigam os Estados partes elaborarem meios de garantir tais direitos, assim como de proteger os indivíduos de possíveis violações.²⁰

Nesse viés, objetivando efetivar os direitos que estão obrigados a implementar e a garantir, os referido pactos trazem também o mecanismo de “relatórios”, os quais os Estados partes são obrigados a elaborar para expor as medidas adotadas, em todos os campos.²¹ Ou seja, a elaboração dos relatórios é uma forma de demonstrar e comprovar que os Estados partes estão cumprindo suas obrigações.

Os dois pactos possuem uma diferença quanto à sua aplicação. Os direitos elencados no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos possuem uma aplicação imediata. Os direitos estabelecidos no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, possuem uma aplicação definida como “progressiva”, visto que o Estado necessita, primeiramente, de recursos econômicos para garanti-los, e, portanto sua aplicação demanda

¹⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 163.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*, p. 165.

²¹ *Ibidem*, p. 181.

tempo e maior intervenção governamental.²² Porém, apesar dessa diferença, os dois Pactos possuem direitos legais e, portanto, plenamente exigíveis internacionalmente.²³

Percebe-se que a Carta Internacional dos Direitos Humanos, composta pelos dois pactos citados e pela Declaração Universal de Direitos Humanos, possui um caráter abrangente, geral, que visa à universalidade dos direitos humanos e a garantir sua proteção.

Porém, em observância à necessidade de atenção especial a ser dada a determinados grupos e com isso a necessidade de normas mais específicas, enquanto se elaborava a referida Carta, foram sendo criadas Convenções Internacionais que garantissem uma proteção mais eficaz e específica a grupos vulneráveis²⁴.

Importante destacar Convenções que são considerados verdadeiros marcos para o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A primeira grande Convenção, instrumento jurídico internacional a versar sobre os direitos humanos e que visava proteção de grupos específicos, aprovado no âmbito da ONU, foi a “Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio”, em 09 de dezembro de 1948. Em resposta às atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial, como o genocídio que levou a morte de seis milhões de judeus, seu ideal era classificar o genocídio como crime, definindo quais atos o caracterizariam e impondo que as pessoas que o cometessem fossem julgadas pelos tribunais competentes do seu território ou pela corte penal internacional.²⁵ Definiu em seu art. 2º:

“Art. 2º: Na presente Convenção, entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, tal como: a) Assassinato de membros do grupo; b) Dano grave à integridade física ou mental de membros do grupo; c) Submissão intencional do grupo a condições de existência que lhe ocasionem a destruição física total ou parcial; d) Medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; e) Transferência forçada de menores do grupo para outro.”²⁶

²² PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 180-181.

²³ *Ibidem*, p. 183.

²⁴ ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. 1. ed. São Paulo: FTD, 1997. p. 84.

²⁵ PIOVESAN, Flávia, *op. cit.*, 211.

²⁶ *Ibidem*, p. 211.

A “Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação” foi aprovada em 1965. A ideia de sua elaboração nasceu pelo incentivo dado pela Assembleia Geral da ONU à sua subcomissão das Nações Unidas Para a Prevenção da Discriminação e Proteção das Minorias. Assim, nasceu como resposta às atrocidades ocorridas no nazismo unida ao anticolonialismo, fatores que geraram a necessidade de uma proteção e monitoramento internacional específicos para combater a discriminação.²⁷ Foi assinada pelo Brasil em 7 de março de 1966, sendo ratificada, sem reservas, no dia 27 de março de 1968, tendo sua promulgação interna pelo Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969.²⁸

Em 1979, houve a aprovação de outra importante Convenção, a “Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher”. Como ensina José Augusto Lindgren, nasceu pela necessidade de incluir a mulher na participação do desenvolvimento da sociedade e em virtude da grande discriminação sofrida por elas e pelos direitos que possuíam. A referida Convenção teve como base não só a Declaração Universal dos Direitos Humanos como diversos direitos e proteções que a mulher já havia alcançado, a exemplo da Convenção Sobre os Direitos Políticos da Mulher, de 1954 e a Convenção Sobre a Nacionalidade da Mulher Casada, de 1957, dentre outras. Ademais, a proclamação, em 1975, do ano internacional da mulher e a Conferência Mundial Sobre a Mulher impulsionaram a divulgação da Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher.²⁹

Objetivava, essencialmente, erradicar a discriminação e promover a igualdade, para que a mulher pudesse exercer plenamente os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, os quais já eram garantidos a todos as pessoas.³⁰ Em seu art. 1º a Convenção define, pela primeira vez, o que seria a discriminação contra a mulher, *in verbis*:

“Toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente do seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades

²⁷ ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura Internacional dos Direitos Humanos*. 1. ed. São Paulo: FTD, 1997. p. 86-90.

²⁸ *Ibidem*, p. 95.

²⁹ *Ibidem*, p. 111-112.

³⁰ *Ibidem*, p. 114.

fundamentais no campo político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.”³¹

Restou assinada pelo Brasil em 18 de dezembro de 1979, sendo aprovada pelo Congresso através do Decreto Legislativo nº 93, em 14 de novembro de 1983, ratificada, com reservas ao §4º do artigo 15, e ao artigo 16, §1º, alíneas a, c, g e h. Foi, então, promulgado internamente pelo Decreto nº. 8.9406, de 30 de março de 1984.³²

Após, em 1984, foi elaborada a “Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes”. Lindgren defende que, talvez pela tortura ser considerada a violação que mais causa repulsa à sociedade, esta tenha sido a primeira grande Convenção a tratar de um tipo particular de violação aos direitos humanos, após as Convenção para erradicar a escravidão e prevenir e punir o genocídio.³³

A Convenção definiu a tortura a ser evitada e combatida por aquele tratado como a “inflição deliberada de dor ou sofrimentos físicos ou mentais, com o objetivo de obter informações, confissões, aplicações de castigo, intimidações, cometidas por funcionário público ou outra pessoa no exercício de função pública”.³⁴ Este último requisito, que limita o agente à representante do Estado, foi alvo de discussões e críticas, pois muitos entendiam que o agente de tal ato deveria ser qualquer pessoa, estatal ou não.

Ademais, essa Convenção, apesar de importantíssima, restou pouco clara, ou mesmo específica, quanto a questões como definição de práticas de tipos de tortura ou mesmo às penas a serem aplicadas. Esta situação se deu pelo fato de muitos Estados ainda adotarem penas cruéis e degradantes como meio de punição, como a própria pena de morte, o que causou controvérsias e inúmeras discussões.³⁵

Foi assinada pelo Brasil em 23 de setembro de 1985, aprovada pelo Congresso por meio do Decreto Legislativo nº 4, de 23 de maio de 1989, ratificada, sem

³¹ ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura Internacional dos Direitos Humanos*. 1. ed. São Paulo: FTD, 1997. p. 125.

³² *Ibidem*, p. 121.

³³ *Ibidem*, p. 134.

³⁴ *Ibidem*, p. 139.

³⁵ *Ibidem*, p. 140.

reservas, em 28 de setembro do mesmo ano, sendo promulgada pelo Decreto nº 40, em 15 de fevereiro de 1991.³⁶

Outra importante Convenção foi a “Convenção Sobre os Direitos da Criança”. Elaborada em 1989, após dez anos de negociação, a Convenção definiu o termo criança, à época estabelecido como aquele menor de 18 anos de idade, e a enquadrou como sujeito de direitos que devem ser respeitados e garantidos, elencando desde os direitos básicos como o direito à vida, como direitos específicos, tais como o direito a não ser separada dos pais.³⁷ Foi assinada pelo Brasil em 26 de janeiro de 1990, na primeira oportunidade, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 28, em 14 de setembro de 1990, sendo ratificado pelo então presidente da República em 24 de setembro de 1990, tendo sua promulgação interna em 21 de novembro de 1990.³⁸

A “Convenção para a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias” foi aprovada pela Assembleia Geral da ONU, em 1990, porém só entrou em vigor em 2003. Como estabelece em seu preâmbulo, a Convenção visa a proteção e garantia dos direitos humanos dos migrantes e membros de suas famílias, “considerando a vulnerabilidade em que frequentemente se encontram”.³⁹ Porém, possui apenas 46 Estados-membros, dentre os quais não há ratificação de nenhum país desenvolvido, destino de grande parte dos migrantes. O Estado brasileiro não ratificou esta Convenção.⁴⁰

Em 20 de dezembro de 2006 a Assembleia Geral da ONU, em Nova Iorque, aprovou a “Convenção Internacional para Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado”.⁴¹ Foi assinada pelo Brasil em 3 de novembro de 2007, em Paris, e

³⁶ ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura Internacional dos Direitos Humanos*. 1. ed. São Paulo: FTD, 1997. p. 145.

³⁷ *Ibidem*, p. 161-170.

³⁸ *Ibidem*, p. 170.

³⁹ Convenção para a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias. Disponível em: <http://www.oas.org/> Acesso em: 20 mar. 2014.

⁴⁰ ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. *Direito dos migrantes*. Disponível em: <http://www.onu.org.br/direitos-dos-migrantes-comite-da-onu-pede-que-paises-ratifiquem-tratado-global/> Acesso em: 7 abr. 2014.

⁴¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Convenção Internacional para a Proteção de todas as Pessoas contra Desaparecimentos Forçados, imprescritibilidade e direito interno*. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalJurisprudencia&idConteudo=193664> Acesso em: 20 mar. 2014.

aprovada por meio do Decreto Legislativo nº 661/2010, em 01 de setembro de 2010.⁴² Logo em seu art. 1º, determina que em hipótese nenhuma o desaparecimento forçado será permitido, estabelecendo em seu art. 2º o significado de “desaparecimento forçado”. Vejamos:

“Art. 1º: Nenhuma pessoa será submetida a desaparecimento forçado. Nenhuma circunstância excepcional, seja estado de guerra ou ameaça de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública, poderá ser invocada como justificativa para o desaparecimento forçado.”⁴³

“Art. 2º Para os efeitos desta Convenção, entende-se por “desaparecimento forçado” a prisão, a detenção, o seqüestro ou qualquer outra forma de privação de liberdade que seja perpetrada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas agindo com a autorização, apoio ou aquiescência do Estado, e a subsequente recusa em admitir a privação de liberdade ou a ocultação do destino ou do paradeiro da pessoa desaparecida, privando-a assim da proteção da lei.”⁴⁴

Em resumo, o grande objetivo da Convenção é proibir o desaparecimento forçado em qualquer hipótese, tipificando-o como crime não só na esfera internacional, mas obrigando os Estados a o definirem assim também em seu Código Penal, estabelecendo medidas preventivas e repressivas para combatê-lo.⁴⁵

Ademais, em 13 de dezembro de 2006, a Assembleia Geral da ONU, visando a garantia de todos os direitos humanos às pessoas com deficiência, aprovou a “Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência” e seu “Protocolo Facultativo”, os quais entraram em vigor em 3 de maio de 2008.⁴⁶ Foi ratificada pelo Brasil em 9 de julho de 2008, através do Decreto Legislativo nº 186, e promulgada em 25 de agosto de 2009.⁴⁷ Ressalta-se que este é o único tratado aprovado pelo Estado brasileiro com quórum de emenda

⁴² BRASIL. Decreto Legislativo 661, de 2010. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=241749&norma=262644> Acesso em: 3 mar. 2014.

⁴³ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Convenção Internacional para a Proteção das Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado*. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direito-a-memoria-e-a-verdade/convencoes/convencao-internacional-desaparecimento-forcado> Acesso em: 3 mar. 2014.

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ DHANDA, Amita. construindo um novo léxico dos direitos humanos: Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. SUR- Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, Rede Universitária de Direitos Humanos, n. 8, p. 45-59, jun. 2008. Disponível em: http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo8.php?artigo=8,port,artigo_dhanda.htm Acesso: 10 maio 2014.

⁴⁷ BRASIL. Decreto Legislativo n. 186, de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm Acesso em: 9 mar. 2014.

constitucional, nos moldes da Emenda Constitucional nº 45/2004, motivo pelo qual trataremos especificamente da referida Convenção neste trabalho.

Feito um breve relato sobre a origem e o início do desenvolvimento dos tratados de direitos humanos, destacando as Convenções que revestem o Direito Internacional dos Direitos Humanos, cabe destacar algumas especificidades deste direito.

1.3 Especificidades do Direito Internacional dos Direitos Humanos

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, como exposto, nasceu como uma necessidade do pós-guerra e pós destruição dos valores atribuídos aos seres humanos, quando ocorreram graves violações aos direitos humanos, visando proteger internacionalmente os ditos direitos inerente ao indivíduo, direitos básicos e que garantem a sua dignidade.

Primeiramente, cabe conceituar esse novo Direito Internacional. Apesar de, por suas particularidades, não ser um Direito Internacional tão fácil de ser demarcado, destaca-se sua definição por dois importantes doutrinadores. Estabelece Sidney Guerra:

“O Direito Internacional dos Direitos Humanos tem por objeto o estudo do conjunto de regras jurídicas internacionais (convencionais ou consuetudinárias) que reconhecem aos indivíduos, sem discriminação, direitos e liberdades fundamentais que assegurem a dignidade da pessoa humana e que consagrem as respectivas garantias desses direitos. Visa, portanto, à proteção das pessoas pela atribuição direta e imediata de direitos aos indivíduos pelo Direito Internacional, direitos que se pretendem também ver assegurados perante o próprio Estado.”⁴⁸

Cançado Trindade define o direito internacional dos direitos humanos como:

“Entendo o Direito Internacional dos Direitos Humanos como o corpus juris de salvaguarda do ser humano, conformado, no plano substantivo, por normas, princípios e conceitos elaborados e definidos em tratados, convenções e resoluções de organismos internacionais, consagrando direitos e garantias que têm por propósito comum a proteção do ser humano em todas e quaisquer circunstâncias, sobretudo em suas relações com o poder público e, no plano processual, por mecanismos de proteção dotados de base convencional ou extraconvencional, que operam essencialmente mediante os sistemas de petições, relatórios e investigações, nos planos tanto global como regional. Emanado do Direito Internacional, este corpus juris de proteção adquire autonomia, na medida em que, regula relações jurídicas

⁴⁸ GUERRA, Sidney. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 1. ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 79.

dotadas de especificidade, imbuído de hermenêutica e metodologia próprias.⁴⁹

Portanto, o objetivo deste novo direito é exatamente estabelecer regras internacionais que garantam a todos os indivíduos direitos e liberdades básicas e fundamentais à dignidade humana.

Percebe-se, então, que essa nova espécie de Direito Internacional trouxe um sujeito inexistente nesta esfera, a pessoa humana. Diferentemente dos demais tratados celebrados, os tratados de direitos humanos não mais regulavam a relação entre Estados e sim estipulavam normas de competência internacional para a proteção dos direitos inerentes a esse novo sujeito. Como estabelece Cançado Trindade, esta espécie de Direito Internacional não versa sobre um objeto, e sim sobre um sujeito de direito que é titular das normas estabelecidas nos referidos tratados.⁵⁰

É o início da visão de que a isonomia dos seres humanos possui uma extensão universal. Há uma obrigação às normas estipuladas neste direito tanto pelo Estado como pelos indivíduos⁵¹. Neste sentido, um Estado será responsável não só pelo descumprimento de alguma norma, mas também pela omissão frente a violações dos direitos elencados, seja por quem for.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, então, demonstra seu diferencial dos demais direitos internacionais, primeiramente, pelo seu sujeito, que não é mais apenas Estados e Organizações Internacionais, mas sim também o indivíduo. Pela sua peculiaridade, esse Direito apresenta características específicas e princípios que se revelam novos na esfera internacional.

⁴⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Desafios para a Efetiva Proteção Internacional dos Direitos Humanos. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (Org.). Desafios do Direito Internacional Contemporâneo. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2007. p. 207-322. p. 210.211.

⁵⁰ Ibidem, p. 212.

⁵¹ Ibidem, p. 213.

Aos chamados direitos humanos, defendidos internacionalmente, atribuiu-se, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, princípios como a universalidade, indivisibilidade e interdependência⁵².

Tais princípios foram confirmados pela “Declaração e Programa de Ação em Viena”, adotada pela Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos em 1993, estabelecidas expressamente no §5º desta Declaração. *In verbis*:

“Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.”⁵³

São universais porque esses ditos direitos humanos, essenciais a uma vida ética e digna, pertencem a todos os indivíduos, sem discriminação. Ou seja, independente de raça, sexo, religião, orientação sexual, cultura, condição social e outros fatores pessoais. Neste sentido, todas as pessoas são titulares de direitos humanos, não havendo nenhuma condição para tal.⁵⁴

Como se percebe na própria Declaração e Programa de Ação de Viena, a universalidade dos direitos humanos tem como consequência o tratamento igualitário e equitativo de forma global. Portanto, “a diversidade cultural (relativismo) não pode ser invocada para justificar uma violação aos direitos humanos”⁵⁵. Logo, não se pode deixar de reconhecer e garantir um direito humano, assim declarado na esfera internacional, invocando o relativismo cultural.⁵⁶

⁵² PIOVESAN, Flávia. *A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo, n. 51/52, p. 81-102, jan./dez. 1999. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/Revista%20PGE%2051-52.pdf> Acesso em: 20 maio 2013. p. 92

⁵³ PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. Declaração e Programa de Ação em Viena. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm> Acesso em: 20 maio 2013.

⁵⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do Tratado na Ordem Jurídica Brasileira*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 225.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 226.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 227.

São também indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados, no sentido de que não há hierarquia entre os direitos humanos. Apesar de haver uma divisão metodológica dos direitos humanos em gerações e em tratados, vez que a Carta Internacional dos Direitos Humanos é composta de dois pactos, um que versa sobre os direitos civis e políticos e outro que versa sobre os direitos sociais, econômicos e culturais, todos possuem o mesmo valor, a mesma importância. Assim, não há como abordar um pacto sem o outro, por isso, além de indivisíveis, são interdependentes e inter-relacionais.⁵⁷ Não há, portanto, sobreposição entre eles.

Portanto, percebe-se que o Direito Internacional dos Direitos Humanos possui sua base em princípios distintos daqueles que regem o Direito Internacional Público. Fato este, que aliado ao seu objeto de estudo que pela primeira vez passa ser o indivíduo e não mais apenas a relação entre os Estados, deixa explícito a sua peculiaridade e especificidade.

É nesta vertente que circundam inúmeras discussões em relação ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, tanto quanto à sua autonomia dogmática no campo internacional, quanto à hierarquia que os seus instrumentos, como os tratados de direitos humanos, devam possuir ao serem internalizados no Brasil.

Destarte, é exatamente essa discussão, quanto à hierarquia dos tratados de direitos humanos incorporados ao Brasil, que iniciaremos no capítulo seguinte.

⁵⁷ PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos apud MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do Tratado na Ordem Jurídica Brasileira. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 225.

2. A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL E A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004

2.1 A formação e incorporação dos tratados

Antes de adentrar ao tema dos tratados de direitos humanos, especificamente, importante entender o processo de formação e incorporação dos tratados.

Em 1969 foi elaborada a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. A chamada “Lei dos Tratados” codificou suas regras gerais, regulando a forma de negociação, os órgãos negociantes, o gênero e autenticidades dos textos, a obrigação de cumprimento das partes negociantes, sua entrada em vigor, efeitos, duração e término.⁵⁸

Foi nesta Convenção que foi definido o conceito de tratado. Segundo o art. 2º, inciso I, alínea “a”:

“Art. 2: I. Para os fins da presente Convenção:

- a) tratado significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica. (...)”.⁵⁹

A esse entendimento foi acrescida a possibilidade de um tratado ser firmado também por uma organização internacional, vez que esta passou a ser também um sujeito internacional. Portanto, tratado é um acordo entre os Estados, ou Estados e organizações internacionais, que visa regular suas relações jurídicas.⁶⁰

Duas das importantes regras que regulam os tratados internacionais são a “pacta sunt servanda” e a cláusula “rebus sic stantibus”. A primeira está ligada ao princípio da boa-fé, objetiva, portanto, o cumprimento das normas pactuadas. A segunda estabelece que um tratado poderá ser denunciado caso ocorra mudanças nas circunstâncias que levaram a sua

⁵⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do Tratado na Ordem Jurídica Brasileira*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 26-26.

⁵⁹ MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *Convenção de Viena sobre o Direitos dos Tratados*. Brasília, 2009. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/legislacao/convencao-de-viena-sobre-o-direito-dos-tratados-1/> Acesso em: 9 set. 2013.

⁶⁰ VARELLA, Marcelo Dias. *Direito Internacional Público*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 37.

ratificação.⁶¹

O processo de formação de um tratado, como ensina Marcelo Varella, se inicia com a iniciativa de um sujeito de Direito Internacional, podendo este ser tanto um Estado ou uma Organização Internacional.⁶² Esta manifestação poderá ser de apenas dois sujeitos ou de diversos, gerando tratados bilaterais ou multilaterais. De qualquer forma, deverá haver a comunicação de todos que possuem algum interesse no determinado tratado.⁶³

Uma vez identificados os sujeitos interessados, deverá ocorrer a negociação do acordo. Tal negociação se realizará através de uma ou mais conferências, dependendo da relevância da matéria a que versa o tratado, sendo aquelas composta por delegações diplomáticas de todas as partes.⁶⁴

Após a negociação, será elaborado o texto do tratado, que nada mais é que a redução a termo do que foi negociado. Não há uma forma definida para sua estrutura, porém, costuma-se dividi-lo em um preâmbulo, no qual se definirá as partes e os motivos, temas e princípios que o regerão; dispositivo, o qual irá conter as normas, os compromissos e as cláusulas; e o anexo, o qual irá estabelecer com mais detalhes alguns componentes do tratado.⁶⁵

Uma vez elaborado seu texto, o tratado será assinado pelos sujeitos internacionais que o compõem. Esta assinatura se dá, normalmente, pelo Chefe do Poder Executivo e visa demonstrar que o Estado autentifica, concorda e aceita os termos e normas elencados no texto formulado. Ressalva-se, que esse ato ainda não é capaz de obrigar juridicamente o sujeito internacional, porém é considerado como uma real demonstração de que o Estado possui interesse em se obrigar àquele instrumento, além de gerar a “obrigação de não fazer atos que afetem substancialmente o valor do instrumento assinado ou frustrar sua aplicação”.⁶⁶

Em seguida, o próximo ato a ser realizado é a ratificação do tratado, através

⁶¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do Tratado na Ordem Jurídica Brasileira*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. p. 26.

⁶² VARELLA, Marcelo Dias. *Direito Internacional Público*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 47-91.

⁶³ *Ibidem*, p. 47.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 47-51.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 56-59.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 65.

da qual o Estado passa a estar submetido e obrigado aos termos que são estabelecidos em seu texto. Para que seja ratificado, ele deverá ser primeiramente aprovado.⁶⁷ Esta aprovação, no Brasil, é de responsabilidade do Poder Legislativo e, portanto, do Congresso Nacional, de acordo com o arts. 49 e 84 da Constituição Federal:

“Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; (...).”⁶⁸

“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
(...)
VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.”⁶⁹

Se exige para tal, votação em apenas um turno e maioria simples. Ressalta-se que após a Emenda Constitucional nº 45/2004, a qual veremos mais detalhadamente neste trabalho, passou a existir a possibilidade de aprovação pelo quórum de emenda constitucional, logo, em dois turnos e por 3/5 dos votos dos membros das duas Casas Legislativas, o que permite lhe atribuir status jurídico de norma constitucional.⁷⁰ Porém, esta nova possibilidade só é aplicada aos tratados de direitos humanos, aos demais continua-se utilizando apenas o quórum simples. Destarte, o tratado poderá ser aprovado pelo Poder Legislativo com reservas. A partir da reserva, o sujeito internacional poderá não se obrigar a questões específicas do tratado, ou seja, este é ratificado no todo, porém, algumas especificidades o sujeito que realiza a reserva se abstém de observar.⁷¹

Após a aprovação, o tratado volta ao Presidente da República, que irá publicá-lo através de um Decreto Presidencial.⁷²

Importante destacar que a ratificação é o ato fundamental do processo de formação de um tratado, vez que é através dela que o Estado passa a se submeter ele. Uma

⁶⁷ VARELLA, Marcelo Dias. *Direito Internacional Público*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 66.

⁶⁸ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010.

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ VARELLA, Marcelo Dias, op. cit., p. 71.

⁷¹ Ibidem, p. 77.

⁷² PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 47.

vez não aprovado pelo Poder Legislativo, o tratado não obrigará o Estado e “todos os esforços do Poder Executivo para negociar o conteúdo ou mesmo a assinatura serão em vão”⁷³.

Após ratificado e em vigor, determinado sujeito só poderá se retirar do tratado através de uma manifestação expressa ou tácita dirigida aos demais sujeitos partes, a chamada denúncia. Porém, importante destacar que, em regra, para que seja possível realizar a denúncia, ela deve ser permitida e sua forma regularizada expressamente no texto do tratado.⁷⁴

Como exposto, ao ser ratificado pelo Estado brasileiro, o tratado passa a ser exigível na esfera internacional, ou seja, o Brasil passa a se responsabilizar pelos seus atos no que concerne à matéria tratada perante os demais sujeitos partes. Porém, para que também seja válido na esfera interna, deverá haver a promulgação do decreto executivo, o que concluirá a internalização do tratado no ordenamento jurídico pátrio.⁷⁵

Importante destacar que os tratados geram uma obrigação em relação às normas estipuladas neles pelos Estados e pelos indivíduos, não podendo “uma parte invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado (...)”⁷⁶, como estabelece o art. 27 da Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados.

Uma vez incorporados à ordem jurídica nacional, os tratados em geral possuem valor normativo de norma infraconstitucional. Porém, os tratados que versam sobre os direitos humanos foram alvo de uma polêmica que gira em torno do seu valor normativo. É o que veremos a seguir.

2.2 O nível hierárquico dos tratados de direitos humanos

Como exposto no capítulo anterior, os tratados de direitos humanos desde sua composição já se diferenciam dos demais tratados, pois trazem um novo sujeito, até então inexistente, a pessoa humana. Deixam de ser apenas um mecanismo para regular a relação

⁷³ VARELLA, Marcelo Dias. *Direito Internacional Público*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p 66.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 139.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 86.

⁷⁶ MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados*. Brasília, 2009. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/legislacao/convencao-de-viena-sobre-o-direito-dos-tratados-1/> Acesso em: 15 set. 2013.

entre os Estados e passam a ser norteadores de normas, direitos, garantias, pertencentes a todos e que devem ser seguidas pelos Estados que o ratificaram.

Sidney Guerra ressalta e justifica a importância da observância dos direitos humanos e o porquê do seu diferencial:

“A dignidade da pessoa humana é o valor supremo que agrega em torno de si a unanimidade dos demais direitos e garantias fundamentais do homem, corroborando para um imperativo de justiça social. Sua observância é, pois, obrigatória para a interpretação de qualquer norma constitucional. Dentre suas diversas funções destacam-se as seguintes: a) reconhecer a pessoa como fundamento e fim do Estado; b) contribuir para a garantia da unidade da Constituição; c) impor limites à atuação do poder público e à atuação dos cidadãos; d) promover os direitos fundamentais; e) condicionar a atividade do intérprete; f) contribuir para a caracterização do mínimo existencial.”⁷⁷

Destarte, o artigo quinto da Constituição brasileira de 1988 elenca os direitos e garantias constitucionais, estabelecendo em seu parágrafo segundo, que não estão excluídos aqueles decorrentes de tratados. Preconiza o referido artigo:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)
§ 2º - 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.”⁷⁸

Ao prever isto, a Constituição Federal de 1988 permite o entendimento de que o rol de direitos fundamentais formalmente protegidos por ela não é taxativo, ou seja, direitos provenientes de tratados e que visem garantir a dignidade da pessoa humana, estariam também protegidos constitucionalmente, vez que versam sobre matéria constitucional.⁷⁹

Portanto, por possuir como sujeito a pessoa humana e como objeto a garantia de seus direitos humanos e por a Constituição Federal não excluir suas normas do rol

⁷⁷ GUERRA, Sidney. A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem judicial brasileira. *Projeto Pensando Direito*, Rio de Janeiro, n. 4, set. 2009, p. 41. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={329D6EB2-8AB0-4606-B054-4CAD3C53EE73}> Acesso em: 27 maio 2013.

⁷⁸ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010.

⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 347-348.

de direitos protegidos por ela, polêmicas sempre contornaram os tratados de direitos humanos, principalmente em relação a qual seria a sua hierarquia, ou seja, qual seria seu status jurídico no ordenamento nacional.

2.2.1 A hierarquia constitucional

Muitos autores, como Flávia Piovesan e Valério de Oliveira Mazzuoli, defendem a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos. Argumentam que o parágrafo segundo do artigo quinto, que estabelece 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”⁸⁰, confere aos tratados de direitos humanos materialidade constitucional. Sendo tais tratados, portanto, materialmente constitucionais pelo objeto, pela matéria que versam, qual seja as garantias e direitos humanos. Para Flávia Piovesan:

“A constituição de 1988, inova ao incluir, dentre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário. Ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma hierarquia especial e diferenciada, qual seja, a de norma constitucional.”⁸¹

Mazzuoli também defende a constitucionalidade desses tratados afirmando que: “os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm índole e nível constitucionais, além de aplicação imediata, não podendo ser revogados por lei ordinária posterior”⁸².

Aduz que por tratarem de direitos e garantias fundamentais, os tratados de direitos humanos se incluem no bloco de constitucionalidade, possuindo, assim, status de norma constitucional. Atribuir aos tratados de direitos humanos uma hierarquia de norma constitucional é tornar as garantias e direitos neles declarados cláusulas pétreas. Ou seja, ao inclui-los no bloco de constitucionalidade, estar-se-á impedindo a sua revogação ou a sua não

⁸⁰ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010.

⁸¹ PIOVESAN, Flávia. Artigo: Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: jurisprudência do STF. *Revista internacional de direito e cidadania*, São Paulo, v. 1, n. 1, jun. 2008. Disponível em: <http://www.reid.org.br/index.php?n=NUM00001> Acesso em: 15 jun. 2013. p. 8.

⁸² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 3. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 750.

aplicação até mesmo por uma Emenda Constitucional.⁸³ É atribuir ao Direito Internacional dos Direitos Humanos o mesmo grau constitucional do ordenamento interno do Estado.

Para essa corrente, no texto do referido artigo quinto, parágrafo segundo, da Constituição Federal de 1988, restou-se bem claro o seu propósito de dá aos tratados de direitos humanos um valor normativo constitucional, isto é, de atribuir às garantias e direitos nele estabelecidos uma proteção especial. Como afirma Mazzuoli, essa caracterização se conclui com uma “interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional brasileiro”.⁸⁴

Nesta vertente, Cançado Trindade alega que a não atribuição a esses tratados de uma hierarquia de norma constitucional seria falta de vontade do Poder Judiciário e não um problema de direito.⁸⁵

2.2.2 A hierarquia infraconstitucional

Em contrapartida, há também os defensores do status infraconstitucional, os quais alegam ter os tratados de direitos humanos hierarquia de lei federal, assim como todos os outros tratados. É neste sentido que se manifestam Amaral Júnior e Ferreira Filho. Disse o autor Amaral Júnior:

“[...] parece tranquilo concluir que o tratado internacional, seja qual for a sua matéria, inclusive direitos humanos, ingressa no Direito brasileiro com status, com força, com hierarquia de lei. Mais especificamente, comporta-se como uma lei ordinária, porque a maioria requerida para a aprovação do decreto legislativo que recepciona o tratado é a mesma exigida para a aprovação de uma lei ordinária: a maioria simples (artigo 47 da Constituição de 1988)”⁸⁶.

⁸³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira, *Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do Tratado na Ordem Jurídica Brasileira*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 245.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 244.

⁸⁵ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002 apud KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *Hierarquia dos Tratados Internacionais em face do ordenamento jurídico interno: um estudo sobre a jurisprudência do STF*. Revista Esmafe – Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, v. nº. 14, p. 145-163, mar. 2007. p. 147. Disponível em: <https://www.trf5.gov.br/downloads/revista%20esmafe%2014.pdf> Acesso em: 21 maio 2013.

⁸⁶ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Reforma define status jurídico de tratados sobre direitos humanos*. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2005-jan-26/reforma_define_status_juridico_tratados_internacionais Acesso em: 05 jun. 2013.

Ferreira Filho argumenta que:

“[...] primeira, jamais norma de tratado prevalece sobre a Constituição; segunda, a norma de tratado, desde que devidamente incorporada ao direito pátrio, prevalece sobre lei interna anterior; terceira, tendo, porém, o mesmo nível na hierarquia das leis que a norma interna, não prevalece sobre lei posterior (que pode revogá-la, derrogá-la etc.).”⁸⁷

Neste sentido, entende-se que os tratados de direitos humanos, ao serem incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, possuem status de lei ordinária.

Logo, em um possível conflito envolvendo uma norma de um tratado de direitos humanos e uma norma interna, prevalecerá a que por último for inserida no ordenamento jurídico, com base na ideia de que lei posterior revoga a lei anterior⁸⁸.

2.2.3 A hierarquia supraconstitucional

Há também a defesa da supraconstitucionalidade desses tratados, liderada por Celso de Albuquerque de Mello, em que ele defende que os tratados de direitos humanos, por serem produzidos por organismos internacionais, devem ter uma hierarquia superior à Constituição⁸⁹.

Para ele, o Estado é dependente da ordem internacional, vez que só existe pela existência da sociedade internacional. Afirma que a soberania do Poder Constituinte é uma soberania relativa, pois tal poder se encontra subordinado ao Direito Internacional Público, “de onde advém a própria noção de soberania do Estado”⁹⁰. Ou seja, para Celso de Albuquerque de Mello, as normas do Direito Internacional devem prevalecer às normas do direito interno e, portanto, as normas elencadas nos tratados de direitos humanos prevalecem até mesmo com relação à Constituição Federal.

⁸⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais* apud PRADO, Wagner Junqueira. A Hierarquia dos Tratados de Direitos Humanos no Brasil. *Revista de doutrina e jurisprudência*, Brasília, n. 94, p. 13-46, set/dez. 2010. p. 17.

⁸⁸ GUERRA, Sidney. A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem judicial brasileira. *Projeto Pensando Direito*, Rio de Janeiro, n. 4, set. 2009. p. 21. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={329D6EB2-8AB0-4606-B054-4CAD3C53EE73}> Acesso em: 27 maio 2013.

⁸⁹ PRADO, Wagner Junqueira. A Hierarquia dos Tratados de Direitos Humanos no Brasil. *Revista de doutrina e jurisprudência*, Brasília, n. 94, p. 13-46, set/dez. 2010. p. 23.

⁹⁰ MELLO, Celso A. O parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 1-33. p. 20.

Celso Albuquerque de Mello afirma:

“A Constituição de 1988 no parágrafo 2º do artigo 5º, constitucionalizou as normas de direitos humanos consagradas nos tratados. Significando isto que as referidas normas são normas constitucionais, como diz Flávia Piovesan. Considero esta posição como um grande avanço. Contudo sou ainda mais radical no sentido de que a norma internacional prevalece sobre a norma constitucional, mesmo naquele caso em que uma norma constitucional posterior tente revogar uma norma internacional constitucionalizada. A nossa posição é a que está consagrada na jurisprudência e tratado internacional europeu de que se deve aplicar a norma mais benéfica ao ser humano, seja ela interna ou internacional.”⁹¹

Ademais, Celso Albuquerque de Mello ressalta a importância dos direitos humanos e a necessidade desses direitos se tornarem reais e exigíveis, não se concretizando apenas em normas programáticas.⁹² Portanto, para esta corrente, os tratados de direitos humanos estariam acima até mesmo da Constituição, não podendo ser revogado nem mesmo por uma nova Constituição.

2.2.4 A hierarquia supralegal

Há ainda uma quarta corrente, sustentada, primeiramente, pelo Min. Sepúlveda Pertence, no julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 79.785/RJ. Dá-se aos tratados de direitos humanos, ao serem incorporados no ordenamento jurídico nacional, uma hierarquia supralegal, ou seja, são superiores às leis federais, mas inferiores à Constituição.⁹³

Os defensores desta corrente alegam que os tratados internacionais, assim como todas as leis, devam passar pelo controle de constitucionalidade da Carta Magna, não havendo como ser superiores a ela.⁹⁴ Porém, deverão ser superiores às leis ordinárias.

⁹¹ MELLO, Celso A. O parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 1-33. p. 27.

⁹² Ibidem, p. 6.

⁹³ GUERRA, Sidney. A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem judicial brasileira. *Projeto Pensando Direito*, Rio de Janeiro, n. 4, set. 2009. p. 22. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={329D6EB2-8AB0-4606-B054-4CAD3C53EE73}> Acesso em: 27 maio 2013.

⁹⁴ CARVALHO, Weliton. Tratados Internacionais de Direitos Humanos anteriores à Emenda constitucional 45: O problema do status normativo. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n 8, p. 340-364, jun./dez. 2010. p. 353.

Portanto, um tratado ao ser incorporado ao ordenamento jurídico pátrio, por possuir um caráter supralegal, “revoga a legislação infraconstitucional que não seja com ele compatível, mas não poderá ser revogado por uma lei infraconstitucional posterior”⁹⁵.

Importante ressaltar que com a Emenda Constitucional nº 45/2004 que, como veremos a frente, incorporou ao art. 5º da Constituição Federal o parágrafo 3º, o qual estabeleceu que os tratados de direitos humanos aprovados no Congresso Nacional com 3/5 dos votos, em dois turnos, passariam a ter status constitucional, sendo, portanto equivalentes à emenda à Constituição. Esta corrente passou a ser a predominante e esse o atual entendimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Portanto, hoje, os tratados de direitos humanos que não forem aprovados com o quórum de emenda constitucional terão o status supralegal.

É o que veremos a seguir mais detalhadamente ao analisar o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal a respeito da hierarquia dos referidos tratados direitos humanos.

2.3 O entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos

Quanto à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos, até 1977 se entendia pela primazia dos tratados internacionais em relação a normas infraconstitucionais, portando os tratados prevaleciam se em conflito com normas ordinárias internas.

Porém, com o julgamento do RE 80.004/SE, que versava sobre o conflito entre a Lei Uniforme de Genebra sobre Letras de Câmbio e Nota Promissórias, que entrou em vigor em 1966 e uma lei interna posterior que entrou em vigor em 1969, na qual se discutia “a obrigatoriedade ou não de existência do aval apostado na nota promissória – uma exigência formal para a validade do título que não constava no texto internacional”⁹⁶, o Supremo Tribunal Federal entendeu que tanto os tratados quanto as normas infraconstitucionais

⁹⁵ PRADO, Wagner Junqueira. A Hierarquia dos Tratados de Direitos Humanos no Brasil. *Revista de doutrina e jurisprudência*, Brasília, n. 94, p. 13-46, set/dez. 2010. p. 18.

⁹⁶ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *Hierarquia dos Tratados Internacionais em face do ordenamento jurídico interno: um estudo sobre a jurisprudência do STF*. Revista Esmafe – Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, v. nº. 14, p. 145-163, mar. 2007. p. 151. Disponível em: <https://www.trf5.gov.br/downloads/revista%20esmafe%2014.pdf> Acesso em: 21 maio 2013.

estavam subordinadas à Constituição Federal e, portanto, passou a adotar a paridade entre norma de tratado e norma ordinária, passando a entender que uma vez paritárias, ou seja, no mesmo nível, em caso de conflito entre essas normas, prevaleceria a norma posterior, adotando-se o critério da “*lex posterior derogat priori*”, ou quando cabível, prevaleceria a norma específica, mesmo que anterior, adotando-se o critério da “*lex specialis derogat generalis*”.⁹⁷

Neste sentido, destaca-se o entendimento do Min. Leitão de Abreu no julgamento do referido RE. 80.004:

“(…) Como autorização dessa natureza, segundo entendo, não figura em nosso direito positivo, pois que a Constituição não atribui ao judiciário competência, seja para negar aplicação a leis que contradigam tratado internacional, seja para anular, no mesmo caso, tais leis, a consequência, que me parece inevitável, é que os tribunais estão obrigados, na falta de título jurídico para proceder de outro modo, a aplicar as leis incriminadas de incompatibilidade com tratado. Não se diga que isso equivale a admitir que a lei posterior ao tratado e com ele incompatível reveste eficácia revogatória deste, aplicando-se, assim, para dirimir o conflito, o princípio ‘*lex posterior derogat priori*’. A orientação, que defendo, não chega a esse resultado, pois, fiel à regra de que o tratado possui forma de revogação própria, nega que este seja, em sentido próprio, revogado pela lei. Conquanto não revogado pela lei que o contradiga, a incidência das normas jurídicas constantes do tratado é obstada pela aplicação, que os tribunais são obrigados a fazer, das normas legais com aqueles conflitantes. Logo, a lei posterior, em tal caso, não revoga, em sentido técnico, o tratado, senão que lhe afasta a aplicação. A diferença está em que, se a lei revogasse o tratado, este não voltaria a aplicar-se, na parte revogada, pela revogação pura e simples da lei dita revogatória. Mas como, a meu juízo, a lei não o revoga, mas simplesmente afasta, enquanto em vigor, as normas do tratado com ela incompatíveis, voltará ele a aplicar-se, se revogada a lei que impediu a aplicação das prescrições nele consubstanciadas.”⁹⁸

Foi neste sentido que o Supremo Tribunal Federal ao julgar os HC 72.131-RJ⁹⁹ e o HC 75.306-RJ¹⁰⁰, o qual tratava da prisão civil do depositário infiel, considerou esta

⁹⁷ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *Hierarquia dos Tratados Internacionais em face do ordenamento jurídico interno: um estudo sobre a jurisprudência do STF*. Revista Esmafe – Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, v. n.º. 14, p. 145-163, mar. 2007. p. 151. Disponível em: <https://www.trf5.gov.br/downloads/revista%20esmafe%2014.pdf> Acesso em: 21 maio 2013, p. 152.

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. **RE 80.004/SE**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Xavier de Albuquerque. Brasília, 29 de dez. de 1977. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365> Acesso em: 20 out. 2013.

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. **HC 72.131/RJ**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 23 de nov. de 1995. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573> Acesso em: 20 out. 2013.

constitucional, uma vez que o Pacto San José da Costa Rica tratava a questão de maneira geral, enquanto existiam normas ordinárias específicas tratando de tal assunto e que, portanto, prevaleceriam.

Porém, após a citada Emenda Constitucional nº 45/2004, a qual possibilitou o status constitucional dos tratados de direitos humanos se aprovados com o quórum de emenda constitucional, a jurisprudência se dividiu quanto ao status dos tratados que não fossem aprovados com o determinado quórum.

O Min. Celso de Melo, que antes defendia a infraconstitucionalidade dos tratados de direitos humanos, passou a defender o status de norma constitucional de todos os tratados e convenções de direitos humanos, argumentando existir uma diferença entre estes e os outros tratados, liderando a corrente a favor da hierarquia de norma constitucional. Por outro lado, Gilmar Mendes, passou a defender o seu caráter supralegal.

E assim foi decidido, em 3 dezembro de 2008, no julgamento final dos casos sobre a prisão do depositário infiel (Habeas Corpus de n. 87.585/TO e 92.566/SP e Recursos Extraordinários de n. 349.703/RS e 466.343/SP), ao se deliberar sobre a impossibilidade da prisão do depositário infiel, o caráter supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos.¹⁰¹

Nesses termos, destaca-se parte do voto do Min. Gilmar Mendes no referido RE 466.343/SP, ao defender a impossibilidade da citada prisão, alegando a supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos:

“Assim, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional. É necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada à realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano.

(...)

¹⁰⁰ BRASIL Supremo Tribunal Federal. **HC 75.306/RJ**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 12 de set. de 1997. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75886> Acesso em: 20 out. 2013.

¹⁰¹ PRADO, Wagner Junqueira. A Hierarquia dos Tratados de Direitos Humanos no Brasil. *Revista de doutrina e jurisprudência*, Brasília, n. 94, p. 13-46, set/dez. 2010. p. 29-30.

Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.

(...)

Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada.¹⁰²

Portanto, atualmente, os tratados de direitos humanos que não forem aprovados com o quórum de emenda constitucional possuem status supralegal.

2.4 A Emenda Constitucional n.º 45/2004 e a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos

Todo esse conflito de correntes que versa sobre o nível hierárquico dos tratados de direitos humanos tem sua importância quando se observa que é esta hierarquia que determinará a solução de possíveis conflitos entre normas advindas desses tratados e normas internas. Uma vez que possuindo status de lei ordinária, uma lei posterior interna poderia revogar o que foi determinado em um tratado de direitos humanos, o que não aconteceria se tivesse caráter constitucional.

No dia 30 de dezembro de 2004, com o advento da Emenda Constitucional n.º 45, que reformou o Poder Judiciário, introduziu-se um novo parágrafo ao art. 5º da Constituição Federal. Este novo parágrafo 3º atribuiu aos tratados e convenções de direitos humanos a possibilidade de uma nova hierarquia, qual seja a hierarquia constitucional.¹⁰³

Para tanto, restringiu esse status constitucional apenas àqueles tratados ou convenções relativos aos direitos humanos e que fossem aprovados pelo Congresso Nacional com o quórum qualificado de emenda à Constituição, ou seja, por dois turnos em cada Casa

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. **RE 466.343/SP**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 04 de jun. de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444> Acesso em: 23 out. 2013.

¹⁰³ BRASIL. Emenda Constitucional 45, de 30 de dezembro de 2004. Brasília, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm Acesso em: 23 out. 2013.

Legislativa (Câmara dos Deputados e Senado Federal), com 3/5 dos votos. Passou a determinar o referido art.:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 3º 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.”¹⁰⁴

Porém, a referida Emenda não estabeleceu qual seria o status jurídico dos tratados de direitos humanos ratificados anteriormente à ela, o que permitiu que as correntes doutrinárias e jurisprudencial continuassem divididas. Além da possibilidade de passar a existir um sistema misto quanto à hierarquia dos tratados e convenções de direitos humanos.

Autores como Piovesan e Mazzuoli continuaram a defender que esses tratados possuem nível de norma constitucional, alegando que basta a materialidade deles para que se caracterizem com hierarquia constitucional, não havendo a necessidade da formalização que o parágrafo terceiro trouxe.¹⁰⁵ Os defensores dessa corrente sustentam, ainda, que os tratados essenciais aos direitos humanos, como a Convenção Americana dos Direitos Humanos, foram ratificados pelo Brasil antes da Emenda, não podendo apenas por uma nova formalidade possuírem status de norma infraconstitucional, visto que muitos deles podem ser mais importantes que outros que venham a ser constitucionalizados.

Flávia Piovesan critica a formalização trazida pelo parágrafo terceiro, sustentando que todos os tratados de direitos humanos possuem hierarquia constitucional e

¹⁰⁴ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010.

¹⁰⁵ BATISTA, Vanessa Oliveira, RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo, PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. A Emenda Constitucional No 45/2004 e a Constitucionalização dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Brasil. *Projeto Pensando Direito*, Rio de Janeiro, n. 5, set. 2009. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={329D6EB2-8AB0-4606-B054-4CAD3C53EE73}> Acesso em: 17 abr. 2013. p. 21.

alega que sua redação deveria ter atribuído tal hierarquia a todos os tratados de direitos humanos, comparando ao que fez a Constituição da Argentina¹⁰⁶.

Mazzuoli defende a tese de que todos os tratados de direitos humanos possuem status constitucional, o que para ele foi claramente estabelecido no parágrafo segundo do artigo quinto da Constituição Federal. Ele argumenta que ao ser determinado neste parágrafo que os direitos e garantias estabelecidas em tratados não estariam excluídos, a Constituição Federal integrou os direitos humanos decorrentes destes tratados ao seu bloco de constitucionalidade, dando-os eficácia material, o que bastaria para ter status de norma constitucional.¹⁰⁷

Segundo a sua teoria, o parágrafo terceiro da Constituição Federal, ao estabelecer que os tratados de direitos humanos aprovados com o quórum de Emenda à Constituição passariam a ter equivalência a esta, apenas atribui o regime formal a eles.

Para ele, então, a materialidade estabelecida no parágrafo segundo, artigo quinto, é suficiente para atribuir o status de norma constitucional, o que seria diferente de ser “equivalente à Emenda à Constituição”.¹⁰⁸ Alega que a equivalência permitida pelo parágrafo terceiro é uma forma mais ampla, pois leva a uma reforma da Constituição, vez que o tratado passaria a integrar formalmente esta. Já no caso de ser aprovado por maioria simples, não alcançando a equivalência à emenda constitucional, teria apenas status constitucional, de acordo com o parágrafo segundo, o que não levaria à reforma do texto constitucional. Mazzuoli argumenta o que seria esta consequência da reforma, estabelecida pelo parágrafo terceiro:

“Ou seja, uma vez aprovado certo tratado pelo quórum previsto pelo parágrafo terceiro, opera-se a imediata reforma do texto constitucional conflitante, o que não ocorre pela sistemática do parágrafo segundo do artigo quinto, em que os tratados de direitos humanos (que têm nível de normas constitucionais, sem, contudo, serem equivalentes às emendas constitucionais) serão aplicados atendendo ao princípio internacional da primazia da norma mais favorável ao ser humano (...)”¹⁰⁹

¹⁰⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 71.

¹⁰⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 51.

¹⁰⁸ Ibidem.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 54.

Ele ainda difere em mais dois quesitos “ter status constitucional” e “ser equivalente a Emenda à Constituição”, o qual seria o objetivo de se inserir o parágrafo terceiro. Argumenta que aqueles tratados de direitos humanos que obtiveram quórum de emenda, e assim se equivalham a ela, não podem ser denunciados, mesmo que o seu texto permita, nem unilateralmente pelo Presidente da República, como acontece com todos os tratados, nem por meio de Projeto de Denúncia elaborado pelo Congresso Nacional, pois eles tornam-se “cláusulas pétreas do texto constitucional”, podendo levar à responsabilização do Presidente da República que atenta contra a Constituição Federal. O que não acontece com os tratados de direitos humanos aprovados com quórum simples, pois ao possuírem apenas status constitucional não se inserem formalmente à Constituição.¹¹⁰ E a outra diferença é que sendo equivalente às emendas constitucionais, estes tratados podem ser usados como fundamento para o controle concentrado de normas internas, ou seja, podem ser usados para invalidar normas internas, o que também não ocorre com os que possuem apenas status constitucional, pelo mesmo motivo citado acima, qual seja não está inserido formalmente na Constituição.¹¹¹

Os defensores da infraconstitucionalidade desses tratados, contudo, alegam que a Constituição Federal definiu a necessidade de um binômio matéria mais forma para que eles possam ter status de norma constitucional¹¹². Ou seja, para esses autores a materialidade constitucional dos tratados, atribuída pelo parágrafo segundo, não é suficiente para garantir seu status de norma constitucional, sendo necessário, ainda, uma forma, determinada pelo parágrafo terceiro, qual seria o quórum qualificado. Logo, não se pode atribuir a um tratado que não tenha sido aprovado com esse quórum o status constitucional, pois apenas a materialidade não é suficiente para tal..

Portanto, os defensores da infraconstitucionalidade, ao contrário de Mazzuoli, não defendem esta diferença entre “ter status de norma constitucional” e “ser equivalente à emenda constitucional”. Para eles, só se terá status constitucional quando for equivalente às emendas, obtendo o quórum qualificado. Ademais, observam que todos os tratados ocupam a esfera da infraconstitucionalidade, definida no art. 102, inciso III, alínea “b”, da Constituição Federal, o que leva a conclusão de que também os tratados de direitos

¹¹⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 60.

¹¹¹ Ibidem, p. 66.

¹¹² CARVALHO, Weliton. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos anteriores à Emenda constitucional 45: O problema do status normativo*. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, n 8, p. 340-364, jun./dez. 2010. p. 351.

humanos devam ter esse status, a não ser que sejam aprovados com o quórum de Emenda à Constituição.

Em meio a esse cenário, como já exposto neste capítulo, o Supremo Tribunal Federal, no dia 3 dezembro de 2008, ao término do julgamento dos casos sobre a prisão do depositário infiel (Habeas Corpus de nº 87.585/TO e 92.566/SP e Recursos Extraordinários de nº 349.703/RS e 466.343/SP), que discutia a ilegalidade ou não da referida prisão, concluiu pela sua invalidade.

A prisão do depositário infiel era alvo de julgamento devida a contraposição de sua possibilidade pela Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXVII: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”¹¹³, e a sua regulação pelo art. 652 do Código Civil/2002, que determinou: “Art. 652. Seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos”¹¹⁴, oposto à sua proibição pelo tratado Pacto de San José da Costa Rica, que em seu art. 7º dispõe: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”¹¹⁵.

Ao fim do julgamento, concluiu-se pela invalidade da prisão posta, vez que o Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil, seria superior às normas infraconstitucionais existentes no ordenamento jurídico pátrio. Portanto, ao concluir pela supremacia de uma norma inserida em um ordenamento de proteção internacional dos direitos humanos, sobre uma norma ordinária interna, entendeu-se pelo o caráter supralegal dos tratados de direitos humanos.¹¹⁶

Nesses termos, destaca-se parte do da conclusão do voto do Min. Gilmar Mendes no referido RE 466.343/SP:

¹¹³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010.

¹¹⁴ BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm Acesso em: 26 jun. 2013.

¹¹⁵ BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Brasília, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm Acesso em: 17 set. de 2013.

¹¹⁶ PRADO, Wagner Junqueira. A Hierarquia dos Tratados de Direitos Humanos no Brasil. *Revista de doutrina e jurisprudência*, Brasília, n. 94, p. 13-46, set./dez. 2010. p. 29-30.

“Em conclusão, entendo que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7o, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo *supralegal* dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002).”¹¹⁷

Porém, mesmo após esta decisão do Supremo Tribunal Federal, a problemática em torno da hierarquia dos tratados de direitos humanos não se encerrou. A corrente doutrinária a favor da constitucionalidade continuou a defender este caráter a todos os tratados e convenções de direitos humanos, assim como aqueles que defendem a infraconstitucionalidade.

Ademais, o próprio julgamento que decidiu pelo caráter supralegal desses tratados e convenções que não foram aprovados com o quórum qualificado, se concretizou em uma votação apertada de 4 votos a 3.

O Ministro Celso de Melo, que já havia defendido anteriormente a infraconstitucionalidade, no julgamento do HC 87.585 / TO, defendeu o status de norma constitucional aos tratados de direitos humanos celebrados antes do advento da Emenda Constitucional nº 45. Vejamos um trecho de seu voto:

“É preciso ressaltar, no entanto, como precedentemente já enfatizado, as convenções internacionais de direitos humanos celebradas antes do advento da EC no 45/2004, pois, quanto a elas, incide o § 2o do art. 5º da Constituição, que lhes confere natureza materialmente constitucional, promovendo sua integração e fazendo com que se subsumam à noção mesma de bloco de constitucionalidade.”¹¹⁸

Há ainda uma dificuldade em definir um consenso doutrinário e jurisprudencial em relação à hierarquia dos tratados anteriores à Emenda Constitucional nº 45, como fez o Supremo Tribunal Federal, visto que, à época de ratificação destes, o quórum exigido para ser aprovado no Legislativo era maioria simples.

¹¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. **RE 466.343/SP**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 04 de junho de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444> Acesso em: 23 out. 2013.

¹¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. **HC 87.585/TO**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 26 de junho de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891> Acesso em: 23 out. 2013.

Passaram a existir dois níveis hierárquicos de tratados de direitos humanos, o que antes não era nem cogitado. Têm-se agora os celebrados por quórum de lei ordinária e os por quórum de Emenda Constitucional. Dentre os problemas, está o relacionado a denunciação dos tratados, pois uma vez que todos os tratados, quando multilaterais, podem ser denunciados pelo Estado a qualquer momento, os tratados de direitos humanos que obtiverem status constitucional, se denunciados, a denunciação só faria efeito no âmbito internacional, pois no âmbito interno, por serem equivalentes às emendas constitucionais, não deixariam de vigorar, o que não acontece com aqueles aprovados com quórum simples.¹¹⁹

Além da discussão doutrinária e jurisprudencial, coloca-se em questão o fato de que tratados de direitos humanos ratificados antes da Emenda Constitucional nº 45/04, como a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, entre outros, deveriam possuir status de norma constitucional, por possuírem uma importante e grande influência no amadurecimento do Direito internacional dos Direitos Humanos. Eles são os responsáveis pelo crescimento deste Direito, uma vez que incluíram importantes direitos básicos devidos a todos, internacionalmente, sem discriminação. Através de um monitoramento internacional, eles permitem que direitos tão importantes à dignidade humana, sejam respeitados.¹²⁰

Neste sentido, uma nova questão passou a circundar, qual seja, a possibilidade desses tratados de direitos humanos já ratificados, entendidos como prioritários, serem submetidos a uma nova votação no Congresso Nacional, para adquiram status de norma constitucional.¹²¹

Uma pesquisa feita pela Universidade Federal do Rio de Janeiro propôs a solução de que os tratados prioritários, como os citados a cima, além de outros, assim definidos pelos autores, devessem voltar ao Congresso Nacional por meio de uma Proposta de Emenda Constitucional - PEC, que, se aprovada, lhes daria o status jurídico de norma constitucional. Argumentam os pesquisadores:

¹¹⁹ PRADO, Wagner Junqueira. A Hierarquia dos Tratados de Direitos Humanos no Brasil. *Revista de doutrina e jurisprudência*, Brasília, n. 94, p. 13-46, set/dez. 2010. p. 13-36.

¹²⁰ BATISTA, Vanessa Oliveira, RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo, PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *A Emenda Constitucional No 45/2004 e a Constitucionalização dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Brasil*. Projeto Pensando Direito, Rio de Janeiro, n. 5, set. 2009. p. 22. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={329D6EB2-8AB0-4606-B054-4CAD3C53EE73}> Acesso em: 17 abr. 2013.

¹²¹ PRADO, Wagner Junqueira, op. cit., p.13-36.

“Para os tratados internacionais de direitos humanos que foram considerados prioritários, conforme os parâmetros desta pesquisa, e que já tenham sido ratificados pelo Congresso Nacional anteriormente à promulgação da Emenda n.º45/2004, ou que tenham até o momento, sido ratificados na forma de legislação infraconstitucional, postula-se pela sua constitucionalização por meio de Proposta de Emenda Constitucional (PEC). Ressalte que a lista dos tratados apresentada para a referida PEC não é exaustiva, tendo sido Guiada por metodologia adotada por este Grupo de Pesquisa. Indica-se, para esse fim, a Declaração Universal dos Direitos do Homem; a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, além dos seguintes tratados: Convenção para a prevenção e repressão do Crime de Genocídio, Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres, Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, Convenção sobre os Direitos da Criança, Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador).”¹²²

Logo, percebe-se que a Emenda Constitucional nº 45/2004, ao inserir o parágrafo terceiro ao artigo quinto da Constituição Federal, buscou solucionar a controvérsia que versava sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil, em relação aos quais uma grande parte dos doutrinadores e alguns juristas defendiam que os tratados de direitos humanos possuem status de norma constitucional, pela materialidade que os atribui o parágrafo segundo do artigo quinto da Constituição brasileira. Por outro lado, outros defendiam seu status de lei ordinária, como todos os tratados, pois não entendiam que a materialidade seria suficiente para atribuir a eles o status constitucional.

Porém, ela gerou novos conflitos, vez que além da discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da sua hierarquia, surgiram novos questionamentos, mesmo após a decisão do Supremo Tribunal Federal pela suprallegalidade dos referidos tratados e convenções, como a possível votação daqueles tratados e convenções ratificadas anteriormente à Emenda Constitucional 45 através de uma PEC.

Ademais, após analisar a controvérsia que envolveu a hierarquia dos tratados de direitos humanos e a atual hierarquia que é aplicada a eles hoje, no próximo

¹²² BATISTA, Vanessa Oliveira, RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo, PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *A Emenda Constitucional No 45/2004 e a Constitucionalização dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Brasil*. Projeto Pensando Direito, Rio de Janeiro, n. 5, set. 2009. p. 23. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={329D6EB2-8AB0-4606-B054-4CAD3C53EE73}> Acesso em: 17 abr. 2013.

capítulo faremos um estudo de caso sobre o único tratados de direitos humanos aprovado com quórum de Emenda à Constituição, a “Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência”.

3. ESTADO DE CASO SOBRE A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Após à Emenda Constitucional nº 45/2004, com a inserção do parágrafo terceiro ao artigo quinto da Constituição Federal, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi o único instrumento internacional de direitos humanos aprovado com quórum de emenda constitucional, qual seja, 3/5 dos votos dos membros do Poder Legislativo das duas casas, Câmara dos Deputados e Senado Federal, em dois turnos, passando, assim, a ter status de norma constitucional.

Seu ideal nasceu durante a Conferência Mundial das Nações Unidas contra o Racismo, em Durban, na África do Sul, através do então Presidente do México, Vicent Fox, que solicitou a criação de um Comitê ad hoc para a elaboração da Convenção.¹²³ Ademais, surgiu em resposta a um longo período de discriminação, exclusão e desumanização das pessoas com deficiência.¹²⁴

O texto, o qual solicitou a criação do referido Comitê ad hoc, foi aprovado na 56ª Assembleia da ONU. O Comitê realizou sua primeira reunião em 2002, e desde então reuniu organizações não governamentais, que instituíram uma aliança denominada “International Disability Cúcus” (IDC), e delegações de países em negociações objetivas e bem articuladas.¹²⁵

Destaca-se que a diplomacia brasileira na ONU, pelo seu conhecimento na área de direitos humanos, teve importante papel na elaboração do texto da Convenção e na cooperação entre os países e organizações não governamentais.¹²⁶

A negociação da referida Convenção durou 5 anos, foi formada por 8 reuniões, sendo a última realizada de 14 a 28 de agosto de 2006 e aprovada no dia 13 de

¹²³ LOPES, Laís Vanessa de Figueiredo. Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Nova Ferramenta de Inclusão. *Revista do advogado*, v.27, n. 95, p. 56-64, dez. 2007. p. 59.

¹²⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 295.

¹²⁵ LOPES, Laís Vanessa de Figueiredo, op. cit., p. 60.

¹²⁶ Ibidem.

dezembro de 2006.¹²⁷

Durante os trabalhos do Comitê ad hoc, concluiu-se pela necessidade de definição das pessoas com deficiência, não de uma forma específica, enumerando as formas de deficiência, mas estabelecendo que são pessoas com alguma limitação, seja mental, física, intelectual ou sensorial, que se caracterizam como barreiras para a participação das pessoas deficientes na vida em sociedade.¹²⁸

Em 30 de março de 2007, abriu-se a Convenção à assinatura dos Estados partes, sendo esta realizada pelo Brasil no mesmo dia de sua abertura, pelo então Secretário Adjunto da Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH), assim como por outros 82 países.¹²⁹

Foram necessárias 20 ratificações para sua entrada em vigência, a qual ocorreu no dia 3 de maio de 2008.¹³⁰

A internalização da Convenção no Brasil se iniciou com sua aprovação pelo Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado Federal), em dois turnos e com 3/5 dos votos, se materializando através do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008:

“Art. 1º Fica aprovado, nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição Federal, o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007.

Parágrafo único. Ficam sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que alterem a referida Convenção e seu Protocolo Facultativo, bem como quaisquer outros ajustes complementares que, nos termos do inciso I do caput do art. 49 da Constituição Federal, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.”¹³¹

¹²⁷ LOPES, Laís Vanessa de Figueiredo. Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Nova Ferramenta de Inclusão. *Revista do advogado*, v.27, n. 95, p. 56-64, dez. 2007. p. 60.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 59.

¹²⁹ DHANDA, Amita. Construindo um novo léxico dos direitos humanos: Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. SUR- Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, Rede Universitária de Direitos Humanos, n. 8, p. 45-59, jun. 2008. Disponível em: http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo8.php?artigo=8,port,artigo_dhanda.htm Acesso: 10 maio 2013.

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ BRASIL. Decreto Legislativo n. 186, de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm Acesso em: 9 mar. 2014.

E concluiu-se com a sua promulgação pelo Poder Executivo, através do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

Ressalta-se que apenas a partir da sua ratificação pelo Poder Executivo a Convenção passou a ter status de emenda constitucional. Ou seja, apenas a sua aprovação pelo Congresso Nacional com o quórum estabelecido no art. 5º, parágrafo 3º, qual seja o quórum de emenda constitucional como já dito, não seria suficiente para gerar ao texto da Convenção caráter constitucional, sendo necessário, para tanto, a ratificação do Poder Executivo.

3.1 Proteção das pessoas com deficiência pela Constituição Federal/88

Importante destacar que desde a Constituição Federal de 1988 as pessoas com deficiência possuem proteção no que concerne à igualdade e, portanto, à garantia de todos os direitos ali declarados, vez que em seu art. 5º estabelece que “todos são iguais perante a lei”¹³², assim como o seu art. 3º, inciso IV, determinou que um dos objetivos fundamentais do Estado Brasileiro seria o de promover o bem de todos, sem preconceitos de nenhuma ordem.¹³³

Portanto, o referido art. 5º da Constituição Federal, ao prever a igualdade e o exercício de todos os direitos ali garantidos por qualquer indivíduo, estabelece a não discriminação das pessoas com deficiência.

Ademais, além da igualdade formal, estabelecida na Constituição, qual seja a de que todos devem ser iguais perante a lei e que, portanto, não deve haver preconceitos de nenhuma forma, há também a igualdade material, que nada mais é que uma proteção mais específica dada às minorias que historicamente sofrem preconceitos e discriminações, como é o caso das pessoas com deficiência.¹³⁴

Essa igualdade material, declarada pela Constituição Federal de 1988, se concretiza através de normas programáticas que visam a inclusão dos deficientes à sociedade, seja no campo do trabalho, da educação ou mesmo do lazer. É o que se observa quando a

¹³² BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010.

¹³³ Ibidem.

¹³⁴ RAGAZZI, Jose Luís e ARAUJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência. *Revista do Advogado*, v.27, n. 95, p. 42-55, dez. 2007. p. 44.

Constituição Federal determina em seu art. 7º, inciso XXXI, “a proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador deficiente”.¹³⁵ Ou seja, a Carta Maior estabeleceu através desse art. que, em igualdade de condições, a pessoa com deficiência não pode ser discriminada na admissão de um emprego ou no seu salário.¹³⁶

Percebe-se mais uma vez a proteção e a igualdade material declarada na Constituição Federal ao depararmos com o seu art. 37, inciso VIII, que determina que “A lei reservará percentual de cargos e empregos públicos para as pessoas com deficiência e definirá os critérios de sua admissão”.¹³⁷ Importante ressaltar que ao serem reservadas vagas às pessoas com deficiência, estas necessitam ter plenas condições de ingressar no serviço público, preenchendo todos os requisitos necessários para que se verifique a sua capacidade para o cargo.¹³⁸

Em relação à educação, a Constituição Federal, além de garantir que é um direito de todos, estabelece em seu art. 208 que deve ser oferecido um tratamento educacional especializado para as pessoas com deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino.¹³⁹

Determina, também, que sejam criadas leis específicas para regular e garantir uma maior acessibilidade às pessoas com deficiência acerca das construções de edifícios públicos, logradouros e transporte coletivo. É o que estabelece o art. 227, § 2º da Carta Maior: “a lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas com deficiência”.¹⁴⁰

3.2 A Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência é composta por 50 artigos, que possuem desde disposições gerais, referentes a direitos civis, políticos, econômicos e sociais, como direito à saúde, à educação, à liberdade, à justiça, e ao trabalho, à

¹³⁵ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010.

¹³⁶ RAGAZZI, Jose Luís; ARAUJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência. *Revista do Advogado*, v.2, n. 95, p. 42-55, dez. 2007. p. 47.

¹³⁷ BRASIL, op. cit.

¹³⁸ RAGAZZI, Jose Luís; ARAUJO, Luiz Alberto David, op. cit., p. 44.

¹³⁹ Ibidem, p. 44.

¹⁴⁰ BRASIL, op. cit.

direitos específicos, tais como o direito à acessibilidade e o reconhecimento da capacidade legal de todas as pessoas com deficiência.¹⁴¹ Surge em uma fase que se busca a sua inclusão na sociedade, para que dela possam participar sem obstáculos, sejam eles físicos, sociais ou culturais.¹⁴²

Logo em seu art. 1º, a Convenção estabelece seu objetivo e define as “pessoas com deficiência”. Vejamos:

“Art.1: pessoas com deficiência incluem aquelas que têm impedimentos de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, as quais em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

O propósito da presente Convenção é 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.”¹⁴³

Como afirmou Maria do Rosário Nunes, então Ministra de Estado e Chefe da Secretaria Nacional de Direitos Humanos da Presidência da República, no relatório final referente a 3ª Conferência Nacional das Pessoas com Deficiência, “a convenção visa promover e garantir a participação plena e efetiva das pessoas com deficiência na sociedade, estabelecer uma sociedade mais justa e mais humana para todos e criar uma sociedade inclusiva”¹⁴⁴.

Portanto, seu principal objetivo é tornar as pessoas com deficiência verdadeiros titulares de direito, e, principalmente, permitir que eles possam exercer plenamente os direitos humanos. Logo, é muito mais do que meras “políticas assistencialistas” e de “tratamentos médicos”, como vinha se fazendo até então. É esse o posicionamento de Flávia Piovesan:

¹⁴¹ LOPES, Laís Vanessa de Figueiredo. *Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Nova Ferramenta de Inclusão*. Revista do advogado, v.27, n. 95, p. 56-64, dez. 2007. p. 57.

¹⁴² PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 296.

¹⁴³ BRASIL. Decreto Legislativo n. 186, de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm Acesso em: 9 mar. 2014.

¹⁴⁴ SECRETARIA NACIONAL DE PROTEÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. Relatório Final, 3ª Conferência Nacional das Pessoas com Deficiência, “Um olhar através da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU: novas perspectivas e desafios”, Relatório Final, Brasília, 2010. p. 22. <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/publicacoes/3-conferencia-nacional-dos-direitos-da-pessoa-com-deficiencia-relatorio-final> Acesso em: 17 mar. 2014.

“(…) emergem os direitos à inclusão social, com ênfase na relação da pessoa com deficiência e do meio em que ela se insere, bem como na necessidade de eliminar obstáculos e barreiras superáveis, sejam elas culturais, físicas ou sociais, que impeçam o pleno exercício de direitos humanos. Isto é, nessa quarta fase, o problema passa a ser a relação do indivíduo e do meio, este assumido como uma construção coletiva. Nesse sentido, esta mudança paradigmática aponta aos deveres do Estado para remover e eliminar os obstáculos que impeçam o pleno exercício de direitos das pessoas com deficiência, viabilizando o desenvolvimento de suas potencialidades, com autonomia e participação. De “objeto” de políticas assistencialistas e de tratamentos médicos, as pessoas com deficiência passam a ser concebidas como verdadeiros sujeitos, titulares de direitos.”¹⁴⁵

Destarte, percebe-se que um dos principais objetivos da Convenção é a não discriminação das pessoas com deficiência, para que assim esta possa ter pleno exercício dos direitos que lhe são devidos. Neste sentido, é importante destacar que o significado de discriminação é o mesmo utilizado na Convenção sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial de 1965, qual seja “toda distinção, exclusão ou restrição baseadas na deficiência, que tenha por efeito ou objetivo impedir ou obstar o exercício pleno de direitos”¹⁴⁶.

Visa, então, garantir a igualdade entre as pessoas com deficiência e os demais indivíduos, para que todos os direitos devidos às pessoas que não possuem nenhuma limitação funcional sejam também fruídos pelos que possuem.¹⁴⁷

Porém, exatamente por possuírem necessidades especiais, a Convenção impõe, além do direito de igualdade, que sejam determinadas algumas especificações. Ou seja, ao mesmo tempo em que a Convenção dispõe sobre o direito à educação das pessoas com deficiência, determinando que elas sejam aceitas em escolas comuns, determina-se que as escolas se adaptem às elas, como por exemplo, o dever de possuir a língua necessária aos deficientes visuais, aos deficientes auditivos e acessibilidade física aos que possuem dificuldade de locomoção.

¹⁴⁵ PIOVESAN, Flávia, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 296.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 297.

¹⁴⁷ DHANDA, Amita. Construindo um novo léxico dos direitos humanos: Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. *SUR- Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, Rede Universitária de Direitos Humanos, n. 8, p. 45-59, jun. 2008. Disponível em: http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo8.php?artigo=8,port,artigo_dhanda.htm Acesso: 10 maio 2014.

Portanto, o art. 24 da Convenção traz um importante aliado a não discriminação e igualdade das pessoas com deficiência ao amentar a ideia da educação inclusiva, ou seja, o ideal de que escolas comuns se adaptem e permitam o acesso de deficientes:

“Art. 24 -Educação 1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à educação. Para efetivar esse direito sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades, os Estados Partes assegurarão sistema educacional inclusivo em todos os níveis, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida, com os seguintes objetivos: (...)”¹⁴⁸

Fazendo um paralelo ao estabelecido na Constituição Federal, ressalta-se que a inclusão das pessoas com deficiência ao ensino regular deixa de ser apenas preferencial, como estabelecido no art. 208 da Constituição Federal e exposto neste capítulo, e passa a ser plenamente exigível.

Infelizmente essa inclusão ainda não é exercida totalmente e nem mesmo em grande parte das escolas do Brasil. Ainda hoje há recusa de escolas em receber alunos com deficiência, principalmente por alegar que não estão preparadas para isso.¹⁴⁹

Porém, como afirmam José Luís Ragazzi e Luiz Alberto Araújo :

“a escola que não está preparada para receber gente diferente não é escola; ela perdeu sua característica básica e essencial, ou seja, convívio de gente, com suas diferenças. (...) A escola é preparada para receber”. (...) tal direito não se refere à minoria (das pessoas portadoras de deficiência), mas à maioria. Nós, pessoas sem deficiência também temos o direito de poder conviver com gente diferente (...)”¹⁵⁰

Outro ponto que se destaca na Convenção é quanto a capacidade das pessoas com deficiência. Em seu art. 12, afirma que os deficientes são pessoas de direito, e mais, afirma possuírem capacidade de gerir seus próprios assuntos.¹⁵¹ Ou seja, a Convenção estabelece que além dos deficientes serem titulares de direito, eles são capazes de exercê-los. O entendimento de tal dispositivo não é que todas as pessoas com deficiência são capazes de exercer seus direitos com independência, mas que, alguns, apesar de necessitarem de apoio

¹⁴⁸ BRASIL. Decreto Legislativo n. 186, de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm Acesso em: 7 mar. 2014.

¹⁴⁹ RAGAZZI, Jose Luís; ARAUJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência. *Revista do Advogado*, v.27, n. 95, p. 42-55, dez. 2007. p. 46.

¹⁵⁰ Ibidem.

¹⁵¹ BRASIL, op. cit.

para determinados atos, não precisam ser declaradas como civilmente incapazes. Seria uma forma de dar autonomia aos deficientes, inserindo-os na sociedade, sem afastar o apoio necessário para que exerçam determinados atos.¹⁵²

Outro importante ponto da Convenção é o estabelecido no art. 4º, inciso III, vez que determina que:

“Na elaboração e implementação de legislação e políticas para aplicar a presente Convenção e em outros processos de tomada de decisão relativos às pessoas com deficiência, os Estados Partes realizarão consultas estreitas e envolverão ativamente pessoas com deficiência, inclusive crianças com deficiência, por intermédio de suas organizações representativas. que as pessoas com deficiência devem ser consultadas pelos Estados-Partes na elaboração e na implementação da legislação e políticas para aplicar a Convenção e em outros processos de tomada de decisão de seu interesse.”¹⁵³

Em linhas gerais, o grande foco da Convenção é estimular os Estados-partes a promoverem medidas, sejam elas jurídicas, legislativas ou executivas, repressivas ou preventivas, para que as pessoas com deficiência possam exercer plenamente seus direitos, sem discriminação. A Convenção protege os direitos como a capacidade para realizar seus próprios atos, para casar, direito ao trabalho, à educação, à saúde, à privacidade, a liberdade de expressão, enfim, todos os direitos pertencentes a qualquer ser humano.

Além disso, o texto da Convenção é acompanhado de um protocolo facultativo, com mais 18 artigos, o qual serve como um mecanismo de monitoramento e cumprimento das disposições que a compõe, determinando a forma e as regras para os exigir.¹⁵⁴ Um importante ponto do protocolo é permitir aos indivíduos, ou grupos de indivíduos, o peticionamento individual ao Comitê quando sofrerem violação pelos Estados-Partes de alguns dos direitos elencados na Convenção. É o que estabelece o art. 1º do Protocolo Facultativo:

¹⁵² DHANDA, Amita. construindo um novo léxico dos direitos humanos: Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. SUR- Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, Rede Universitária de Direitos Humanos, n. 8, p. 45-59, jun. 2008. Disponível em: http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo8.php?artigo=8,port,artigo_dhanda.htm Acesso: 10 maio 2014.

¹⁵³ BRASIL. Decreto Legislativo n. 186, de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm Acesso em: 7 mar. 2014.

¹⁵⁴ LOPES, Laís Vanessa de Figueiredo. Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Nova Ferramenta de Inclusão. *Revista do advogado*, v.27, n. 95, p. 56-64, dez. 2007. p. 57.

“Qualquer Estado Parte do presente Protocolo (“Estado Parte”) reconhece a competência do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (“Comitê”) para receber e considerar comunicações submetidas por pessoas ou grupos de pessoas, ou em nome deles, sujeitos à sua jurisdição, alegando serem vítimas de violação das disposições da Convenção pelo referido Estado Parte.”¹⁵⁵

Porém, André Gontijo, ao analisar o art. 3º da Convenção, o qual prevê que o Comitê para os direitos das pessoas com deficiência comunique a denúncia recebida confidencialmente ao Estado-Parte tido como violador, e o art. 5º, que estabelece a realização de sessões fechadas para examinar as reclamações, entende que na verdade o “Protocolo Facultativo caminha na contramão da evolução do direito internacional dos direitos humanos”¹⁵⁶, talvez pois o fato da comunicação da denúncia ser confidencial e as realizações de sessões para a análise de reclamações serem em sessões fechadas, poderia ser uma forma de ocultar as violações, impedindo a melhor efetivação das normas elencadas no protocolo.

Vejamos a leitura dos referidos artigos:

“Art. 3º: Sujeito ao disposto no Artigo 2 do presente Protocolo, o Comitê levará confidencialmente ao conhecimento do Estado Parte concernente qualquer comunicação submetida ao Comitê. Dentro do período de seis meses, o Estado concernente submeterá ao Comitê explicações ou declarações por escrito, esclarecendo a matéria e a eventual solução adotada pelo referido Estado.”¹⁵⁷

“Art. 5º: O Comitê realizará sessões fechadas para examinar comunicações a ele submetidas em conformidade com o presente Protocolo. Depois de examinar uma comunicação, o Comitê enviará suas sugestões e recomendações, se houver, ao Estado Parte concernente e ao requerente.”¹⁵⁸

Entretanto, o próprio André Gontijo realça o posicionamento de Antônio Cassese¹⁵⁹, o qual defende que o peticionamento individual consiste em “um notável avanço

¹⁵⁵ BRASIL. Decreto Legislativo n. 186, de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm Acesso em: 7 mar. 2014.

¹⁵⁶ GONTIJO, André Pires. “A Sociedade Aberta Universal”: A (Re)Discussão Do Papel Do Sujeito Perante Os Sistemas De Proteção Dos Direitos Humanos No Contexto De Uma Sociedade Pluralista De Risco. 2009. 267f. Defesa (Mestrado) – Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, 2009. p. 71.

¹⁵⁷ BRASIL, op. cit.

¹⁵⁸ Ibidem.

¹⁵⁹ Cf. CASSESE, Antonio. *International Law* Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 79-85 apud GONTIJO, André Pires. “A Sociedade Aberta Universal”: A (Re)Discussão Do Papel Do Sujeito Perante Os Sistemas De Proteção Dos Direitos Humanos No Contexto De Uma Sociedade Pluralista De Risco. 2009. 267f. Defesa (Mestrado) – Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, 2009. p. 72.

do Direito Internacional dos Direitos Humanos”, vez que, apesar da limitação jurídica, é uma conquista definitiva.¹⁶⁰

3.3 Consequências da internalização da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência

A aprovação com o referido quórum, seguida de sua ratificação, permite que as normas contidas na Convenção tenham aplicabilidade imediata, assim como aquelas já existentes no ordenamento jurídico e que são compatíveis com o estabelecido na Convenção. Esta, traz normas programáticas, que visam garantir o pleno exercício dos direitos humanos pelas pessoas com deficiência, por razão da significativa discriminação que sofrem e que se torna uma barreira ao exercício dos referidos direitos.

Tal imediatismo fruto das normas programáticas leva, como estabelece Barroso:

“(…) a) revogação dos atos normativos anteriores que disponham em sentido colidente com o princípio que substanciam; b) carregam um juízo de inconstitucionalidade para os atos normativos editados posteriormente, se com elas incompatíveis. Quanto ao ângulo subjetivo, as normas programáticas conferem aos jurisdicionado direito a: a) opor-se judicialmente ao cumprimento de regras ou à sujeição a atos que o atinjam, se forem contrários ao sentido do preceptivo constitucional; b) obter, nas prestações jurisdicionais, interpretação e decisão orientadas no mesmo sentido e direção apontados por estas normas, sempre que estejam em pauta os interesses constitucionais por ela protegidos.”¹⁶¹

Nesse sentido, devido a sua equivalência às emendas constitucionais, há uma obrigatoriedade de adequação das normas internas aos tratados de direitos humanos, neste caso, à Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.¹⁶² Portanto, cabe ao Poder Legislativo não elaborar leis contrárias às normas elencadas na Convenção, assim como

¹⁶⁰ GONTIJO, André Pires. “A Sociedade Aberta Universal”: A (Re)Discussão Do Papel Do Sujeito Perante Os Sistemas De Proteção Dos Direitos Humanos No Contexto De Uma Sociedade Pluralista De Risco. 2009. 267f. Defesa (Mestrado) – Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, 2009. p. 72.

¹⁶¹ BARROSO, Luis Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas- limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 117.

¹⁶² FIGUEIREDO, Patricia Cobianchi. *Os tratados internacionais de direitos humanos e o controle da constitucionalidade*. SAO PAULO: LTR, 2011. p. 127.

verificar a necessidade de adequação das normas já existentes¹⁶³. Isso porque a violação ao tratado passa a ser também uma violação à Constituição Federal.

A sua equiparação à emenda constitucional faz com que qualquer “ato normativo ou lei que lhe seja contrário, seja também contrário à Constituição”¹⁶⁴, como já dito. Neste sentido, é cabível a Ação Direta de Inconstitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal, a fim de declarar a inconstitucionalidade do referido ato ou norma, cessando a violação ao direito contido na Convenção.¹⁶⁵ Possui como legitimados para esse ato os elencados no art. 103, incisos I a X da Constituição Federal, quais sejam: o Presidente da República; o Procurador Geral da República; os Governadores dos Estados e o Governador do Distrito Federal; as mesas (órgãos administrativos) da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, da Câmara Legislativa do Distrito Federal; a Mesa de Assembleia Legislativa; Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB); Entidades de Classe de Âmbito Nacional e Confederações Sindicais.¹⁶⁶

No mesmo sentido, vez que os direitos declarados na Convenção possuem status de norma constitucional, sendo equivalentes à emenda constitucional, outra forma de defendê-los é a Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), prevista no art. 102, parágrafo 1º, da Constituição Federal e regulamentada pela Lei nº 9.882/99, o qual serve exatamente para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de poder público. Ademais, os legitimados para propor a ADPF, são os mesmos legitimados para propor a ADIN, elencados acima.¹⁶⁷

Utiliza-se também, para garantir os direitos difusos e coletivos referentes às pessoas com deficiência, a Ação Civil Pública, regulamentada pela Lei nº 7.347/85, e que em seu art. 5º elenca o rol de legitimados, quais sejam: o Ministério Público, a União, os Estados,

¹⁶³ FIGUEIREDO, Patricia Cobianni. *Os tratados internacionais de direitos humanos e o controle da constitucionalidade*. SAO PAULO: LTR, 2011. p. 129.

¹⁶⁴ SECRETARIA NACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. Relatório geral da República Federativa do Brasil sobre o cumprimento das disposições da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. 2008-2010. Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/relatorio-de-monitoramento-da-convencao> Acesso em: 10 mar. 2014.

¹⁶⁵ Ibidem.

¹⁶⁶ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010.

¹⁶⁷ SECRETARIA NACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, op. cit.

o Distrito Federal e os municípios, as autarquias, empresas públicas, sociedade de economia mista, as fundações, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, as associações que economicamente estejam constituídas há pelo menos um ano no termos da lei civil e incluam, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Ressalta-se que o particular, apesar de não estar no rol de legitimados para propor a ação, poderá levar sua denúncia até o Ministério Público, o qual é competente para propor o inquérito e a Ação Civil Pública.¹⁶⁸

Por fim, uma ressalva importante que diferencia a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência aos demais tratados de direitos humanos, é que devido à sua equiparação às emendas constitucionais, ela poderá ser denunciada, porém, os direitos que foram constitucionalizados internamente não poderão ser afastados, tornando o Estado brasileiro desobrigado apenas internacionalmente.¹⁶⁹

3.4 Políticas Públicas adotadas no Brasil após a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Estatísticas e Geografia (IBGE) de 2010, 23,91% da população brasileira possui algum tipo de deficiência, o que corresponde a aproximadamente 45,6 milhões de pessoas.¹⁷⁰

Nesse sentido, importante destacar as políticas públicas que estão sendo realizadas e que visam exatamente promover a inclusão e diminuir a discriminação das pessoas com deficiência.

Destaca-se, então, o Plano Nacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência, o “Viver sem limite”, lançado pela Presidente Dilma Roussef em 17 de novembro de 2011.¹⁷¹

¹⁶⁸ SECRETARIA NACIONAL DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. *Relatório geral da República Federativa do Brasil sobre o cumprimento das disposições da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. 2008-2010.* Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/relatorio-de-monitoramento-da-convencao> Acesso em: 12 mar. 2014.

¹⁶⁹ FIGUEIREDO, Patricia Cobianchi. *Os tratados internacionais de direitos humanos e o controle da constitucionalidade.* SAO PAULO: LTR, 2011. p. 91

¹⁷⁰ SECRETARIA NACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, op. cit.

O plano visa “promover a cidadania e o fortalecimento da participação da pessoa com deficiência na sociedade, promovendo sua autonomia, eliminando barreiras e permitindo o acesso e o usufruto, em bases iguais, aos bens e serviços disponíveis a toda a população”.¹⁷² Exatamente o ideal proposto e visado pela Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência.

Atua buscando o desenvolvimento da área da saúde, educação, da inclusão social e da acessibilidade, o qual será efetivado por ações de 15 órgãos do Governo Federal, sob a coordenação da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, tendo como orçamento R\$7,6 bilhões.¹⁷³

De acordo com o “Relatório nacional da República Federativa do Brasil sobre o cumprimento das disposições da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência”, o programa “Viver sem Limite” objetiva no eixo da educação, até este ano de 2014, a disponibilização de transporte público acessível às pessoas com deficiência, para que possam ter acesso às instituições de ensino; uma nova estrutura arquitetônica acessível, tanto para escolas públicas, quanto para instituições de ensino superior; construção de novas salas multifuncionais e renovação das que já existem (em 2011, mais de 24 mil escolas já possuíam essas salas multifuncionais, abrangendo 83% dos Municípios brasileiros). Prevê-se, até 2014, a implantação de mais 15 mil salas – dessas, 13.500 já foram adquiridas –, além de 30 mil kits com equipamentos para atualização das salas que estão em funcionamento – 15 mil kits já estão sendo distribuídos. No total, serão mais de 41 mil escolas com Salas de Recursos Multifuncionais em todo o Brasil, sendo oferecidas até 150 mil vagas às pessoas com deficiência em cursos federais de formação profissional e tecnológica.¹⁷⁴

No campo da saúde objetiva-se aumentar o rol de ações preventivas às deficiências e a elaboração de um “sistema nacional para o monitoramento e a busca ativa da triagem neonatal”, que garanta a realização de um maior número de exames no Teste do Pezinho; intensificar processos de habilitação e reabilitação, de atendimento odontológico e

¹⁷¹ SECRETARIA NACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. Relatório geral da República Federativa do Brasil sobre o cumprimento das disposições da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. 2008-2010. Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/relatorio-de-monitoramento-da-convencao> Acesso em: 12 mar. 2014.

¹⁷² Ibidem.

¹⁷³ Ibidem.

¹⁷⁴ Ibidem.

ações clínicas e terapêuticas, além da criação e publicação de um registro de patologias ligadas à deficiência.¹⁷⁵

Para o desenvolvimento da ação social “serão implantados Centros de Referência, com a finalidade de oferecer apoio às pessoas com deficiência em situação de risco, como extrema pobreza, abandono e isolamento social”.¹⁷⁶

E, no eixo da acessibilidade, a proposta vai desde adequar outros programas de políticas públicas às pessoas com deficiência, com residências inclusivas, como por exemplo, o programa Minha Casa, Minha Vida 2 (com 100% das unidades projetadas com possibilidade de adaptação, ou seja, 1 milhão e 200 mil moradias que podem ser habitadas por pessoas com deficiência) à criação de centros tecnológicos para a formação, em nível técnico, de treinadores e instrutores de cães-guias em todas as regiões do país e ações de mobilidade urbana do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC 2) e da Copa do Mundo de Futebol de 2014, cumprindo todos os requisitos de acessibilidade.¹⁷⁷

De acordo com os dados disponíveis no site da Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, em 2013, no eixo da acessibilidade, foram acordadas 630 mil moradias adaptáveis. Foram entregues nove mil casas totalmente adaptadas com os quites para a pessoa com deficiência - a proposta é a meta de 1,2 milhão de casas adaptáveis (até 2014), houve a criação do “Centro Nacional de Referência em Tecnologia Assistiva Renato Archer” – Campinas/SP, de 29 Núcleos Interdisciplinares de Tecnologia Assistiva em universidades e institutos federais, 7 centros tecnológicos cães-guias e o Banco do Brasil cedeu R\$ 67 milhões através do “microcrédito BB Acessibilidade” para que pessoas possam obter bens e serviços destinados às pessoas com deficiência. Dentre esses bens estão rodas motorizadas, adaptações veiculares, andadores, impressoras em Braille, teclados adaptados, leitores de tela, lupas eletrônicas e mobiliárias acessíveis.¹⁷⁸

¹⁷⁵ SECRETARIA NACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. *Relatório geral da República Federativa do Brasil sobre o cumprimento das disposições da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. 2008-2010.* Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/relatorio-de-monitoramento-da-convencao> Acesso em: 18 mar. 2014.

¹⁷⁶ Ibidem.

¹⁷⁷ Ibidem.

¹⁷⁸ SECRETARIA NACIONAL DE PROTEÇÃO A PESSOA COM DEFICIÊNCIA. *Viver sem Limite. Balanço do plano,* Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/viver-sem-limite/balanco-do-plano> Acesso em: 15 mar. 2014.

No eixo da educação foram entregues 826 ônibus acessíveis para mais de 600 municípios, havendo a meta de 2,6 mil ônibus até 2014. Ademais, o Programa Dinheiro Direto na Escola (PDDE) já destinou R\$ 235 milhões para 26 mil escolas em todo o País para adaptações arquitetônicas para pessoas com deficiência.¹⁷⁹

No campo da saúde foi criado o Programa Nacional de triagem Neonatal – PNT, e foi realizado em 2012, 2,1 milhões de Testes do Pezinho recém-nascidos, sendo que 27 estados já realizam o Teste do Pezinho na fase I (identificação de Hipertireoidismo Congênito e Doença Falciforme).¹⁸⁰

Portanto, o programa “Viver sem limite” é um importante aliado do Brasil no combate a discriminação e na busca pela inclusão dos portadores de deficiência.

3.5 Estatuto das Pessoas com Deficiência

No ano 2000 foi proposto o Projeto de Lei nº 3.638, o qual visava a criação de um “Estatuto dos Portadores de Necessidades Especiais”. A partir desse ano, outros projetos de leis foram criados, assim como diversas proposições relativas às pessoas com deficiência. Porém, por se tratar de uma matéria complexa, em meio a divergências e opiniões contrárias quanto à necessidade de criação do referido estatuto ou mesmo quanto a matéria a qual ele deveria tratar, anos se passaram, diversos projetos de leis foram propostos e não se conseguiu efetivar o Estatuto do Deficiente.¹⁸¹

Criou-se, então, em 2012, através da Portaria SDH/PR n. 616/2012, um Grupo de Trabalho para análise dos Projetos de Leis que objetivavam a criação do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Tal grupo teria vigência durante 6 meses, prorrogáveis por igual período.¹⁸² Objetivava, principalmente, a adaptação do Estatuto em construção à recente Convenção sobre as Pessoas com Deficiência, vez que, como já exposto neste trabalho, ela restou aprovada nos moldes do artigo quinto, parágrafo terceiro da Constituição Federal,

¹⁷⁹ SECRETARIA NACIONAL DE PROTEÇÃO A PESSOA COM DEFICIÊNCIA. Viver sem Limite. Balanço do plano. Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/viver-sem-limite/balanco-do-plano> Acesso em: 15 mar. 2014.

¹⁸⁰ Ibidem.

¹⁸¹ SECRETARIA NACIONAL DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. Estatuto da Pessoa com Deficiência. 2013. p. 36. Disponível em: http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/arquivos/%5Bfield_generico_imagens-filefield-description%5D_93.pdf Acesso em: 3 mar. 2014.

¹⁸² Ibidem.

sendo, portanto, equivalente às emendas constitucionais, o que gera o dever de observação aos seus dispositivos por qualquer lei ordinária.

A primeira reunião ocorreu dia 02 de agosto de 2012, e, desde já, os membros do Grupo de Trabalho prestaram compromisso através da “Carta Compromisso”, “assegurando que seu trabalho jamais regrediria os direitos já conquistados às pessoas com deficiência no âmbito nacional”¹⁸³. Dizia a Carta de Compromisso:

“Nós, abaixo assinado, integrantes do Grupo de Trabalho para análise dos Projetos de Lei que tratam da criação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, instituído pela Portaria SDH/PR nº 616, de 16 de maio de 2012, assumimos, através desta, o compromisso de basear nossas propostas e trabalho nos princípios e ditames da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU e seu Protocolo Facultativo, internalizados pelo Estado Brasileiro com equivalência de emenda constitucional. Comprometemo-nos, ainda, a não retroagir nos direitos já conquistados pelos cidadãos brasileiros com deficiência”¹⁸⁴.

O Grupo de Trabalho foi dividido em subgrupos, sendo cada um responsável pelo estudo de um tema tratado pelo Projeto de Lei 7.699/2006 e pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo facultativo.¹⁸⁵ O objetivo desta divisão era, após as reuniões, cada grupo apresentar sua proposta de redação.¹⁸⁶ Para a melhor conclusão e desenvolvimento do trabalho, os grupos usaram como base de seus estudos os documentos referentes à Constituição da República Federativa do Brasil (1988), o Relatório da 1ª Conferência Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (2006) – 265 deliberações e 49 Moções, o Relatório da 2ª Conferência Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (2008) – 50 Moções, o Relatório da 3ª Conferência Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (2012) – cerca de 400 propostas, Relatório dos 5 encontros regionais realizados pelo CONADE (2009), a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (CDPD), o Projeto de Lei nº 3.638/2000 – 62 artigos, Projeto de Lei nº 7.699/2006 – 286 artigos e Apensos ao Projeto de Lei nº 7.699/2006 – 434 documentos. Além

¹⁸³ SECRETARIA NACIONAL DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. Estatuto da Pessoa com Deficiência. 2013. p. 36. Disponível em: http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/arquivos/%5Bfield_generico_imagens-filefield-description%5D_93.pdf Acesso em: 3 mar. 2014.

¹⁸⁴ Ibidem, p. 36.

¹⁸⁵ Ibidem, p. 37.

¹⁸⁶ Ibidem, p. 37.

disso, foi criada uma Comissão de Redação, composta por 5 membros e que seria responsável pelas elaboração das demais propostas.¹⁸⁷

Uma das importantes propostas elaboradas pelo Grupo de Trabalho foi referente a personalidade e capacidade da pessoa com deficiência. Baseado na Convenção sobre os direitos das Pessoas com Deficiência, que atribuiu a plena capacidade e personalidade de seus protegidos, embora ressalte a necessidade de apoio em alguma vezes, o Grupo de Trabalho propôs adequação aos dispositivos da Convenção e modificações ao Código Civil brasileiro de 2002, vez que se mostra conservador ao reduzir os direitos de personalidade protegidos pela Constituição Federal.¹⁸⁸ Foi dado ênfase, também, à proteção devida às pessoas com deficiência pelos agentes públicos, Ministério Público, Defensoria, as entidades, associações e as pessoas de direito público, garantidos constitucionalmente. Ademais, quanto à acessibilidade, na proposta elaborada, buscou-se efetivar os comandos da Convenção que estabelece a adaptação dos novos imóveis e bens construídos, assim como dos já existentes, às pessoas com deficiência.¹⁸⁹

Destarte, o Grupo de Trabalho estabeleceu propostas ao estatuto do deficiente em trâmite, em todos os campos, desde os direitos fundamentais, como o direito a vida e ao direito a moradia, ao direito à não discriminação, direito à igualdade, à cultura, ao lazer, enfim, a todos os direitos pertencentes ao ser humano, sempre adaptando aos dispositivos estabelecidos na Convenção sobre as Pessoas com Deficiência. Propôs, por exemplo, o direito à moradia adaptada, ao transporte adaptado, à disponibilidade de produtos e serviços tecnológicos e de comunicação acessíveis, o desenvolvimento da área de habilitação e reabilitação para que as pessoas com deficiência possam alcançar a plena capacidade, à inclusão total das pessoas com deficiência à educação e às escolas regulares, habilitação profissional, enfim, buscou ampliar os direitos propostos pelo estatuto abrangendo a proteção determinada na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.¹⁹⁰

Portanto, percebe-se que o quórum de Emenda Constitucional atribuído à um tratado de direitos humanos, como no caso da Convenção sobre os Direitos das pessoas

¹⁸⁷ SECRETARIA NACIONAL DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. *Estatuto da Pessoa com Deficiência*. 2013. p. 38. Disponível em: http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/arquivos/%5Bfield_generico_imagens-filefield-description%5D_93.pdf Acesso em: 3 mar. 2014

¹⁸⁸ Ibidem, p. 40.

¹⁸⁹ Ibidem, p. 41.

¹⁹⁰ Ibidem, p. 42-51.

com deficiência, permite que esses direitos sejam amplamente protegidos e garantidos com uma maior eficácia e exigibilidade, vez que tornam-se preceitos constitucionais, não podendo ser contrariados.

CONCLUSÃO

Como visto neste trabalho, os tratados são instrumentos que visam estabelecer direitos e deveres aos Estados na esfera internacional. Durante muito tempo, em regra, eles eram acordados para regular a relação entre as partes. Porém, em meio a necessidade de uma maior proteção aos direitos humanos e em meio ao nascimento do Direitos Internacional dos Direitos Humanos, surgem os tratado de direitos humanos, que não mais tinham os Estados como sujeitos e suas relações como objeto, e sim indivíduos e a garantia de efetividade e exigibilidade dos direitos que são devidos à sua dignidade.

Nesse viés, é perceptível o diferencial desses então novos instrumentos internacionais, pois nasceram com um propósito de proteger a dignidade de todos os seres humanos. A própria Constituição Federal, em seu artigo quinto o qual trata sobre os direitos e garantias devidos igualmente a todos, estabelece no seu parágrafo segundo que não exclui aqueles estabelecidos em tratados e convenções. Portanto, por objetivarem garantir que não haja violação aos direitos humanos, é que se questiona se esses tratados não deveriam se diferenciar dos demais quanto à sua hierarquia ao serem incorporados ao ordenamento pátrio, vez que, direitos protegidos internacionalmente poderiam ser contrariados internamente, se hierarquicamente fossem infraconstitucionais como todos os outros tratados, pois, assim, qualquer lei ordinária posterior que lhe fosse contrária, o revogaria. Logo, a longa discussão doutrinária e jurisprudencial quanto à hierarquia desses tratados, se infraconstitucionais, supralegais, constitucionais ou supraconstitucionais, foi totalmente plausível e necessária para que a eles fosse permitida uma maior garantia de efetividade não só internacionalmente, mas também internamente.

A Emenda Constitucional nº 45 de 2004 solucionou em parte o problema quanto à hierarquia dos tratados de direitos humanos. Ao introduzir o parágrafo terceiro ao artigo quinto da Constituição Federal, possibilitou que tratados de direitos humanos passassem a ter equivalência à Emenda Constitucional, desde que aprovados com o mesmo quórum estabelecido a estas, o que já foi um grande avanço. Porém, nada estabeleceu quanto aos tratados já ratificados pelo Brasil, se poderiam vir a alcançar o mesmo status ou se seriam infraconstitucionais como os demais. Essa nova proposta gerou um sistema misto, e porque

não inseguro, aos tratados de direitos humanos, vez que alguns possuiriam força de norma constitucional e outros, não menos importantes, seriam infraconstitucionais.

Coube, então, ao Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos RE 349.703/RS e 466.343/SP, determinar que tanto aqueles tratados ratificados anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/04, quanto os posteriores à ela, mas que não alcançaram o quórum estabelecido, teriam hierarquia supralegal. Assim, passariam a ser superiores às leis infraconstitucionais, mas inferiores à Constituição Federal. Portanto, o cenário que temos hoje é um sistema misto, em que tratados ratificados anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/04 e aqueles posteriores, mas que não alcançaram o quórum estabelecido, possuem status supralegal, e aqueles aprovados em dois turnos, nas duas Casas Legislativas, com 3/5 dos votos, possuirão hierarquia constitucional.

Apesar de já haver uma definição quanto à hierarquia desses tratados, que como ditos acima podem ser constitucional ou supralegal, ainda há críticas e posicionamentos contrários, principalmente pelos que defendem o seu status constitucional. Isso porque os tratados de direitos humanos estabelecem normas e dispositivos que visam à garantia de uma vida digna e igual aos todos os seres humanos, sem discriminação, ou seja, visam à proteção do bem de maior valor, a vida, de forma justa. Portanto, questiona-se o porquê de dividi-los em constitucionais e supraleais por um critério de quórum de aprovação, ainda mais quando muitos desses tratados nem mesmo tiveram a oportunidade de serem aprovados com equivalência à Emendas Constitucionais.

Importante ressaltar que apesar das duas hierarquias atribuídas a esses tratados serem superiores às normas infraconstitucionais, quando possuem status jurídico constitucional eles se equiparam à Constituição, portanto, tornam-se preceitos constitucionais. Isto implica, por exemplo, que suas normas e dispositivos não sejam revogados internamente com uma possível denúncia ao tratado na esfera internacional, garantindo, assim, mais validade e segurança aos direitos humanos. O que não ocorre com os que possuem hierarquia supralegal, pois estão abaixo da Constituição Federal.

É nessa esfera que se discute a possibilidade de tratados anteriores à Emenda Constitucional nº 45/04 sofrerem nova votação, através de uma PEC, para que possam ter ao menos a chance de alcançarem a hierarquia constitucional. No mesmo sentido, há uma discussão se tratados posteriores à referida Emenda, mas que não alcançaram o

quórum de aprovação necessário, também possam ser alvo de uma PEC. Discussões que ainda não possuem soluções, mas que acredito serem de grande relevância.

Destarte, como já visto hoje o único tratado de direitos humanos que alcançou em sua aprovação o quórum de emenda constitucional e que, portanto, é à ela equivalente, é a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Ao analisa-la, percebe-se a grande importância e diferencial que a hierarquia constitucional atribui aos tratados de direitos humanos. Por estabelecer preceitos, que devido ao seu status tornam-se constitucionais, todas as normas, leis e projetos de leis internas devem se adaptar e nunca contrariar o que o Tratado preconiza. Como foi o caso do Grupo de Trabalho criado para adaptar o Projeto de Lei do Estatuto do Deficiente à Convenção ou mesmo as políticas públicas criadas para adequar o país aos termos e objetivos da Convenção.

Os tratados de direitos humanos são instrumentos que buscam concretizar, proteger e garantir a igualdade de todos os seres, sem distinção, possibilitando o exercício do direitos à vida, à liberdade, à segurança, como estabelece o art. 5º da Constituição Federal. Portanto, atribuir hierarquia constitucional a eles permite a ampliação do mecanismo de proteção dos direitos garantidos a todos, dando-lhes maior efetividade e segurança.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. 1. ed. São Paulo: FTD, 1997.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Reforma define status jurídico de tratados sobre direitos humanos*. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2005-jan-26/reforma_define_status_juridico_tratados_internacionais

BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas- limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BATISTA, Vanessa Oliveira, RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo, PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. A Emenda Constitucional No 45/2004 e a Constitucionalização dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Brasil. *Projeto Pensando Direito*, Rio de Janeiro, n. 5, set. 2009. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={329D6EB2-8AB0-4606-B054-4CAD3C53EE73}>

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010.

BRASIL. Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992. Brasília, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm

BRASIL. Decreto Legislativo n. 186, de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm

BRASIL. Decreto Legislativo 661, de 2010. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=241749&norma=262644>

BRASIL. Emenda Constitucional n° 45, de 30 de dezembro de 2004. Brasília, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm

BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. **RE 466.343/SP**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 04 de jun. de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. **RE 80.004/SE**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Xavier de Albuquerque. Brasília, 29 de dez. de 1977. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. **HC 72.131/RJ**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 23 de nov. de 1995. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>

BRASIL Supremo Tribunal Federal. **HC 75.306/RJ**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 12 de set. de 1997.

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75886>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 87.585/TO. Tribunal Pleno.

Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 26 de junho de 2009. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Desafios para a Efetiva Proteção Internacional dos Direitos Humanos. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (Org.). *Desafios do Direito Internacional Contemporâneo*. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2007.

CARVALHO, Weliton. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos anteriores à Emenda constitucional 45: O problema do status normativo*. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, n 8, p. 340-364, jun./dez. 2010.

Convenção para a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias. Disponível em: <http://www.oas.org/> Acesso em: 20 mar. 2014.

DHANDA, Amita. construindo um novo léxico dos direitos humanos: Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. SUR- Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, Rede Universitária de Direitos Humanos, n. 8, p. 45-59, jun. 2008. disponível em: <<http://www.surjournal.org.>>

FIGUEIREDO, Patricia Cobianchi. *Os tratados internacionais de direitos humanos e o controle da constitucionalidade*. SAO PAULO: LTR, 2011.

GONTIJO, André Pires. “*A Sociedade Aberta Universal*”: *A (Re)Discussão Do Papel Do Sujeito Perante Os Sistemas De Proteção Dos Direitos Humanos No Contexto De Uma Sociedade Pluralista De Risco*. 2009. 267f. Defesa (Mestrado) – Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, 2009.

GUERRA, Sidney. A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem judicial brasileira. *Projeto Pensando Direito*, Rio de Janeiro, n. 4, set. 2009. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={329D6EB2-8AB0-4606-B054-4CAD3C53EE73}>

GUERRA, Sidney. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *Hierarquia dos Tratados Internacionais em face do ordenamento jurídico interno: um estudo sobre a jurisprudência do STF*. Revista Esmafe – Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, v. n°. 14, p. 145-163, mar. 2007. Disponível em: <https://www.trf5.gov.br/downloads/revista%20esmafe%2014.pdf>

LOPES, Laís Vanessa de Figueiredo. Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Nova Ferramenta de Inclusão. *Revista do advogado*, v.27, n. 95, p. 56-64, dez. 2007.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do Tratado na Ordem Jurídica Brasileira*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 3. ed. São Paulo: RT, 2008.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito Internacional: tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Celso A. O parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 1-33.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Martirés. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *Convenção de Viena sobre o Direitos dos Tratados*. Brasília, 2009. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/legislacao/convencao-de-viena-sobre-o-direito-dos-tratados-1/>

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Convenção Internacional para a Proteção das Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado*. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direito-a-memoria-e-a-verdade/convencoes/convencao-internacional-desaparecimento-forcado>

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. *Direito dos migrantes*. Disponível em: <http://www.onu.org.br/direitos-dos-migrantes-comite-da-onu-pede-que-paises-ratifiquem-tratado-global/>

PEDROSO, Célia Regina. *10 de dezembro de 1948 A Declaração Universal dos Direitos Humanos*. São Paulo: Companhia, 2005.

PIOVESAN, Flávia. *A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo, n. 51/52, p. 81-102, jan/dez. 1999. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/Revista%20PGE%2051-52.pdf>

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. São Paulo: Maz Limonas, 2002.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PIOVESAN, Flávia. Artigo: Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: jurisprudência do STF. *Revista internacional de direito e cidadania*, São Paulo, v. 1, n. 1, jun. 2008. Disponível em: <http://www.reid.org.br/index.php?n=NUM00001> Acesso em: 15 jun. 2013.

PRADO, Wagner Junqueira. A Hierarquia dos Tratados de Direitos Humanos no Brasil. *Revista de doutrina e jurisprudência*, Brasília, n. 94, p. 13-46, set/dez. 2010.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. Declaração e Programa de Ação em Viena. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm> Acesso em: 20 maio 2013.

RAGAZZI, Jose Luís e ARAUJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência. *Revista do Advogado*, v.27, n. 95, p. 42-55, dez. 2007.

SECRETARIA NACIONAL DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. Estatuto da Pessoa com Deficiência. 2013. p. 36. Disponível em: http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/arquivos/%5Bfield_generico_i_magens-filefield-description%5D_93.pdf

SECRETARIA NACIONAL DE PROTEÇÃO A PESSOA COM DEFICIÊNCIA. *Viver sem Limite*. Balanço do plano, Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/viver-sem-limite/balanco-do-plano>

SECRETARIA NACIONAL DE PROTEÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. Relatório Final, 3ª Conferência Nacional das Pessoas com Deficiência, “*Um olhar através da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU: novas perspectivas e desafios*”, Relatório Final, Brasília, 2010. <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/publicacoes/3-conferencia-nacional-dos-direitos-da-pessoa-com-deficiencia-relatorio-final>

SECRETARIA NACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. Relatório geral da República Federativa do Brasil sobre o cumprimento das disposições da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. 2008-2010. Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/relatorio-de-monitoramento-da-convencao>

VARELLA, Marcelo Dias. *Direito Internacional Público*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.