

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS II

CECILIA CABALLERO LOIS

MARGARETH ANNE LEISTER

VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito internacional dos direitos humanos II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Cecilia Caballero Lois, Margareth Anne Leister, Vladimir Oliveira da Silveira – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-167-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Internacional. 3. Direitos Humanos. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS II

Apresentação

A proteção e efetivação dos direitos humanos para além das fronteiras nacionais é o elo que liga os diversos trabalhos aqui reunidos. Com efeito, a constatação de que, diante da necessidade de assegurar a proteção dos indivíduos ou grupos sub-representados, a soberania estatal é dogma superado ou, pelo menos, fortemente questionado, cada um destes trabalhos vai oferecendo a sua colaboração para a construção de um novo paradigma jurídico/político. O leitor poderá encontrar uma gama de contribuições que abordam desde questões técnicas a respeito do funcionamento do sistema interamericano de direitos humanos, passando pela análise das suas principais decisões, até trabalhos que discutem casos específicos.

O artigo denominado O tribunal penal internacional na repressão do crime de genocídio, a autora Inês Lopes de Abreu Mendes de Toledo analisa algumas decisões do Tribunal Penal Internacional (doravante TPI), em especial aquelas que tem como destinatários países não signatários do Tratado de Roma. A autora, partindo do pressuposto da crescente universalização dos direitos humanos, sustenta que, mesmo estes Estados deveriam ser responsabilizados diante de crimes passíveis de sanções internacionais.

Elisaide Trevisam e Margareth Anne Leister em seu artigo, denominado O interculturalismo como via para uma convivência humanitária, partem de um pressuposto inexorável, qual seja, que a pluralidade de culturas das sociedades contemporâneas é fato primordial na sua composição e somente a partir deste é devem ser pensadas as formas de integração. Com base neste pressuposto, o trabalho das autoras discute de que forma podem ser pensados dos processos de integração com base na experiência do interculturalismo. Isto implica, com bem irão explicar as autoras em ultrapassar as bases do multiculturalismo e encontrar formas que ultrapassem o mero respeito e tolerância para atingir o reconhecimento e das diversidades como fundamento da convivência humanitária.

Na mesma linha de pensar formas de convivências democráticas e que respeitem a alteridade temos o artigo de Camila Mabel Kuhn e Letícia Albuquerque, O processo de internacionalização dos direitos humanos: uma leitura crítica. A partir de uma contraposição entre Teoria Crítica e a Teoria Tradicional, o artigo tem por finalidade analisar o que a primeira tem a dizer sobre os Direitos Humanos, assim como analisar seu processo de internacionalização. Para as autoras, a Teoria Crítica dos Direitos Humanos rá possibilitar um novo olhar para o estudo e previsão deste tema, uma vez que busca não só a análise das

previsões internacionais destes direitos, mas a sua efetivação no contexto fático, tal qual como é e ainda, como deveria ser. Por fim, o artigo expressa a sua preocupação para que os direitos humanos sigam avançando, de forma efetiva, enquanto um direito que segue em transformação contínua, tal qual seu objeto de proteção.

Em A questão de gênero como vulnerabilidade da mulher: da convenção de Belém do Pará à Lei Maria da Penha, os autores Bárbara Helena Simões , Cicero Krupp da Luz discutem como os órgãos internacionais de proteção aos direitos humanos tem cumprindo um papel fundamental na proteção e guarda destes direitos. O artigo mostra como após responsabilização pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o Brasil publicou a Lei 11.340 a Lei Maria da Penha, destinada para a proteção das mulheres. Assim, o trabalho que o leitor irá encontrar, destina-se a refletir sobre a relação entre a violência de gênero e a atuação do direito internacional na promoção e proteção dos direitos das mulheres.

Ainda dentro dos importantes e crescentes debates sobre gênero, no presente volume o leitor irá encontrar o belo artigo A relevância da imigração frente aos papéis impostos ao gênero: cidadania, direitos humanos e diversidade cultural de Taiane da Cruz Rolim e Leonardo Canez Leite. Com efeito, os autores tem por objetivo demonstrar que os fenômenos migratórios devem ser pensados também a partir de uma perspectiva de gênero. Em seu trabalho, os mesmos demonstram a importância do reconhecimento de papéis impostos aos mulheres e homens no decorrer do desenvolvimento da sociedade, estabelecendo a centralidade da categoria gênero como constituinte da identidade coletiva dos sujeitos migrantes e, especialmente, como forma de preservar a multiculturalidade e diferença na formação da cultura pública.

Ana Paula Teixeira Delgado, em seu cuidadoso texto denominado Perspectivas jurídicas da imigração haitiana no Brasil: em busca de novos aportes, aborda o paradoxal e incerto caráter jurídico da proteção concedida aos haitianos que migraram para o Brasil após o terremoto de 2010. A partir da constatação de que este fluxo migratório representa um fenômeno capaz de redimensionar a forma de olhar e tratar o Outro, a autora demonstra como é inconstante e limitada a relação que o Brasil estabelece com estes migrantes, apontando para o fato de que não lhes foi concedida nem sequer a condição de refugiados, levando os mesmos a permanecer em território nacional em condição incerta e indeterminada. Por fim, a partir do caso haitiano a autora propõem a necessidade de revisão e releitura dos instrumentos internacionais e da normativa interna para casos similares.

Ainda sobre este tema que ganha importância cada vez maior no Brasil, Raynara Souza Macedo e Maristela Xavier Dos Santos em seu trabalho denominado Refugiados no Brasil:

realidades, trabalho e perspectivas, elencadas questões atinentes à proteção do trabalho no cenário mundial, chamando atenção para a condição da precariedade do trabalho no cenário mundial, chamando atenção o aparecimento do homo faber (Agambem) no desenvolvimento das atividades humanas em decorrência da desvalorização da produção levada a termo pelo homem. Esta situação, como bem relata o artigo, se agrava em relação aos migrantes que exercem, em maioria, trabalhos análogos ao escrevo. O trabalho aponta então para a necessidade de Com o fito de embasar a proteção do direito ao trabalho para os refugiados, o trabalho aponta para a necessidade de delinear os instrumentos normativos em âmbito internacional e interno, aptos a salvaguardar os direitos dos trabalhadores, especialmente dos refugiados.

Em Perseguição às minorias religiosas no cenário internacional e a eficácia dos instrumentos jurisdicionais de defesa dos direitos humanos de Isabelly Cristinny Gomes Gaudêncio e Karina Pinto Brasileiro partem do pressuposto que reconhecer a liberdade religiosa significa garantir que as pessoas possam agir livremente na sociedade, assim como compreender que existe uma obrigação, por parte do Estado, de conferir aos cidadãos as condições necessárias para que possam exercitar efetivamente tal direito. Por isto mesmo, quando um Estado atua no sentido de efetuar ou até mesmo não coibir uma determinada perseguição religiosa estamos diante de um fato que pode e deve ser combatido pela atuação de organismos internacionais.

O trabalho Regimes jurídicos e os povos da floresta: Um breve balanço da aplicação de regimes jurídicos internacionais na proteção de comunidades indígenas tem como objetivo identificar os regimes jurídicos internacionais aplicáveis às populações indígenas. O texto procura explicitar que existem normas internacionais destinadas para a proteção e reparação de lesões sofridas pelos povos originários e, ainda, que essas normas estão associadas, não só a regimes jurídicos distintos, como também impactam no estabelecimento de uma correlação entre direito e desenvolvimento.

A compatibilidade da legislação interna com a convenção internacional sobre os direitos da pessoa com deficiência no acesso aos cargos públicos preocupa-se em debater a compatibilidade da legislação interna com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em especial a questão da reserva de vagas em concursos públicos. Inicialmente, busca definir quais sujeitos podem ser considerados como pessoas com deficiência, apontando este conceito como abrangente, uma vez que agrega o ambiente econômico e social no qual se insere o destinatário da proteção, ao se referir às interações com diversas barreiras. Tomando por base a legislação interna (Decreto 3.298/1999), o artigo defende que esta não atende de forma plena aos valores da Convenção sendo, então,

legítimo a intervenção do Poder Judiciário para verificar se certo candidato pode se beneficiar das vagas reservadas, quando sua deficiência não estiver nas definições de deficiência da legislação interna.

A FERTILIZAÇÃO CRUZADA E O REDIMENSIONAMENTO DAS DECISÕES JUDICIAIS ENQUANTO FONTE FORMAL DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS analisa o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça como mero meio auxiliar de interpretação do Direito Internacional, e o diálogo entre fontes, dada a expansão da jurisdição internacional.

Em Uma introdução ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: reflexões sobre sua história, estrutura e o recente posicionamento do estado brasileiro, o leitor irá encontrar uma excelente reconstrução histórica de formação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Explorando os diversos momentos da trajetória histórica do órgão, o artigo aponta para as significativas transformações sofridas frente aos diferentes cenários políticos vivenciados no continente americano. Ressalta, por exemplo, o papel que o SIDH desempenhou durante as décadas de 1970 e início de 1980, de crítica e combate às graves violações de direitos humanos perpetradas pelas ditaduras militares instauradas na América Latina. O trabalho também ressalta importantes críticas que o SIDH sofreu por conta de uma forte crise institucional, quando vários países passaram a critica-lo abertamente afirmando que o órgão era tendencioso e alinhado à política norte-americana. O trabalho também explicita os órgãos que o compõem e suas competências; as principais ações; o seu funcionamento; e, ainda, traz importantes reflexões sobre o seu papel político e institucional. Por fim, explicita questões importantes sobre a relação do SIDH e o Estado brasileiro. Trata-se, portanto, de leitura imprescindível para a compreensão global do sistema.

A obrigatoriedade das medidas cautelares da Comissão Interamericana de Direitos Humanos: mecanismo de garantia dos direitos humanos no contexto interamericano investiga o seu surgimento institucional das referidas medidas e os caminhos para a sua posterior obrigatoriedade. Trata, acima de tudo, de verificar se estas se constituem em mecanismo mais eficaz para a proteção da vida e da integridade física dos cidadãos do continente americano. Partindo do pressuposto, por impedir o abuso de imediato em situações flagrantes de desrespeito aos Direitos Humanos, o que reforça a necessidade dos Estados cumprirem suas recomendações de boa-fé em razão de sua importância moral, além de ser obrigação jurídica internacional. Partindo do pressuposto que somente o conhecimento dos instrumentos básicos do sistema pode garantir seu funcionamento, o artigo aponta a centralidade do estudo das medidas cautelares. Assim, neste trabalho, estas são apresentadas inicialmente sob uma perspectiva teórica, logo após, debate-se a sua evolução e por fim, a sua aplicação ao longo

das décadas. O artigo ratifica a importância do mecanismo das medidas de urgência no contexto do Sistema Interamericano, com a ressalva de que as medidas cautelares que surgiram a partir de uma prática reiterada da Comissão Interamericana, jamais de um projeto político idealizado e chancelado pelos Estados nacionais, acabaram tendo por vezes sua validade questionada. Contudo, o trabalho caminha para demonstrar a validade jurídica das medidas cautelares e recomenda o abandono imediato do seu aspecto político, assumindo a sua normativa, que é o verdadeiro objetivo e natureza do mecanismo de urgência.

Em Responsabilidade Internacional de Estados por violações de direitos sociais trabalhistas: uma análise de casos do Sistema Interamericano de Direitos humanos, Monique Fernandes Santos Matos aborda a atuação dos dois órgãos principais do SIDH: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Com IDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), em suas tarefas relativas à responsabilização internacional de Estados violadores de direitos humanos dos trabalhadores, uma vez que considera os direitos sociais trabalhistas também devem ser objeto de proteção do SIDH. O artigo inicia lembrando que, no campo dos direitos humanos, a responsabilização internacional dos Estados é essencial para reafirmar a juridicidade deste conjunto de normas voltado para a proteção dos indivíduos e para a afirmação da dignidade humana. Firmando este pressuposto, a autora analisa alguns casos sobre o tema da responsabilidade internacional de Estados violadores de direitos humanos trabalhistas apresentados perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos ou julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, com o objetivo de verificar se a jurisprudência da Corte IDH é condizente com o avanço da legislação sobre direitos sociais no contexto regional americano, e de avaliar seu estágio atual de evolução. Com base nestes dados, a autora constata a existência de uma primazia considerável na judiciabilidade e efetividade dos direitos civis e políticos, em comparação com os direitos sociais, econômicos e culturais. Em seu trabalho demonstra o quão são os julgamentos envolvendo os direitos sociais, apesar de altamente frequentes no contexto regional americano.

A CRIAÇÃO DO CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DA ONU E DA REVISÃO PERIÓDICA UNIVERSAL, E A PARTICIPAÇÃO DO BRASIL NOS DOIS PRIMEIROS CICLOS DE AVALIAÇÃO (2008-2012) foi a contribuição de Thiago Cardoso Nalesso, avaliando os Relatórios apresentado pelo Estado brasileiro.

A pobreza como óbice à liberdade de expressão: diagnósticos e soluções do sistema interamericano de direitos humanos, de Danielle Anne Pamplona e Anna Luisa Walter de Santana Daniele, relaciona a pobreza à falta de liberdade de expressão nas Américas, uma vez que e exclui essas pessoas dos processos comunicativos e, consequentemente do processo

democrático. As autoras iniciam ressaltando o fato de que o direito à liberdade de pensamento e de expressão tem sido objeto de preocupação e estudo constante no âmbito do Sistema Interamericano em razão da sua importância para a proteção da autonomia individual e a promoção da democracia. Logo após, o trabalho das professoras preocupa-se em conceituar o que seria pobreza, definindo-a, essencialmente, como um critério de renda e como capacidade do indivíduo em adquirir produtos e serviços. Pela utilização de tais critérios, de acordo com o artigo, é possível afirmar que parte da população do território americano se encontra fora do processo comunicativo, suas necessidades não são conhecidas, assim como seus desejos e o modelo de sociedade em que querem viver. Ao limitar a sua capacidade de expressão, a pobreza impõem uma restrição ilegítima ao exercício do direito a liberdade de pensamento e expressão merece pronta preocupação dos juristas e dos Estados, uma vez que ela viola diversos humanos e reproduz a exclusão democrática.

No trabalho apresentado por Ana Angélica Moreira Ribeiro Lima e Luis Carlos dos Santos Lima Sobrinho, intitulado PARADOXOS DO DIREITO E DOS DIREITOS HUMANOS E SUA FUNCIONALIDADE NOS SISTEMAS DE DIREITO INTERNO E INTERNACIONAL, aborda-se o aspecto funcional dos sistemas direito internacional-direito interno.

Amanda Cataldo de Sousa Tílio dos Santos analisa a nomeação dos perpetradores das graves violações de Direitos Humanos pela Comissão da Verdade, como caminho para a responsabilização jurisdicional dos agentes estatais.

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: A PROTEÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS VERSUS A VIOLAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL trata da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas-corpus 126.292, e da possibilidade de submissão à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Alexandre Machel Simões discorre sobre a opção político-constitucional de internalização de tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro e suas consequências. Na mesma seara, Jan aí na Franco de Andrade, que aborda as questões procedimentais.

O caso Jean Charles de Menezes é revisitado por Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso Squeff, abordando as possibilidades de combate ao terrorismo pela via legislativa, inclusive mediante restrição de direitos individuais em prol da coletividade.

Daniel Brocanelli Garabini apresentou trabalho intitulado PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO E SUA APLICAÇÃO AOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS NO ÂMBITO

DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, sob a ótica do princípio democrático e da universalidade dos Direitos Humanos.

Boa leitura!

Cecília Caballero Lois

Margareth Anne Leister

Vladimir Oliveira

**QUESTÕES EMERGENTES RELATIVAS A EXISTÊNCIA DE DUPLO
PROCEDIMENTO DE INTERNALIZAÇÃO DE TRATADOS INTERNACIONAIS
DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO BRASILEIRO PÓS EC Nº45/2004:
CONSEQUÊNCIAS DA HIERARQUIZAÇÃO DE FATO.**

**EMERGING ISSUES ON PROCEDURES FOR INTERNALISATION OF
INTERNATIONAL TREATIES OF HUMAN RIGHTS IN BRAZIL AFTER 45 EC /
2004:**

Alexandre Maciel Simões ¹

Resumo

O presente artigo discorre sobre a opção político-constitucional de internalização dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, em função da singularidade criada pela EC 45/2004 que permite a existência de Tratados Internacionais de Direitos Humanos em condições hierárquicas distintas (constitucional ou supralegal), e também sobre outras questões relativas ao duplo procedimento inaugurado com a citada emenda. A situação do Brasil no cenário constitucional americano é única e essa condição permite a co-existência de convenções internacionais de direitos humanos com estatura supralegal ou constitucional, o que fere Declaração e o Programa de Ação de Viena de 1993.

Palavras-chave: Tratados internacionais, Direitos humanos, Constituição

Abstract/Resumen/Résumé

This article discusses the political and constitutional option of internalization of international human rights treaties in the Brazilian legal system, based on the singularity created by the EC 45/2004 which allows for International Human Rights Treaties in different hierarchical conditions (constitutional or supralegal) , and also on other issues relating to the double procedure opened with the aforementioned amendment. Brazil's situation in the American constitutional scenario is unique and this condition allows the co- existence of international human rights conventions with supra-legal or constitutional stature, which hurts the Vienna's 1993 Declaration and Plan of Action.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: International treaties, Human rights, Constitution

¹ Advogado. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis. Docente da Universidade Cândido Mendes. Pesquisador nas áreas de Direitos Humanos, Controle de Convencionalidade e Políticas Públicas de Estado.

1. INTRODUÇÃO.

O presente artigo discorre sobre a opção político-constitucional de internalização dos TIDH¹ no ordenamento jurídico brasileiro, em função da singularidade criada pela EC 45/2004 que permite a existência de Tratados Internacionais de Direitos Humanos em condições hierárquicas distintas (constitucional ou supralegal), e também sobre outras questões relativas ao duplo procedimento inaugurado com a citada emenda.

A situação do Brasil no cenário constitucional americano em relação aos Tratados Internacionais de Direitos humanos é única. Nenhuma Carta Política na comunidade interamericana apresenta condição semelhante relativa a internalização de TIDH, que poderão receber nesse processo estatura supralegal ou constitucional, a depender do rito adotado para sua aprovação.

Antes de adentrarmos ao estudo da singularidade brasileira acerca do tema, é preciso vislumbramos o conjunto de teorias acerca da hierarquização de tratados internacionais de direitos humanos, para então esmiuçarmos a questão da singularidade constitucional brasileira acerca do tema.

2. PRINCIPAIS CORRENTES DOUTRINÁRIAS ACERCA DA HIERARQUIA DE TRATADOS INTERNACIONAIS DIREITOS HUMANOS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Cançado Trindade em seu magistério afirma ser necessário fomentar todos os esforços voltados ao surgimento de “um novo constitucionalismo assim como, para uma abertura à internacionalização da proteção dos direitos humanos” (TRINDADE, 1997, p. 404), permitindo inserir, no ordenamento jurídico do Estado, soluções procedimentais que permitam uma incorporação eficaz dos TIDH na ordem jurídica interna. Essa concentração de esforços, porém, pode encontrar pesados obstáculos em função da opção política do Estado que considerará “variados fatores (tradição legislativa, cultura jurídica,

1 TIDH, é abreviação comumente utilizada para designar os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, e que passaremos a utilizar doravante.

aspectos econômicos etc.), que disciplinam [...] como melhor lhe parece a questão da aplicação interna do Direito internacional” (MAZZUOLI, 2010, p. 75).

Destarte, por se tratar de opção política do Estado, em regra, consumada em sua Carta Política, são necessárias algumas considerações sobre as correntes doutrinárias relativas à recepção e hierarquia de Tratados Internacionais de Direitos Humanos, que se identificam ser quatro na doutrina brasileira hodierna.

A primeira corrente doutrinária define que os TIDH possuem caráter supraconstitucional, sendo essa corrente defendida por Celso de Albuquerque Mello, dentre outros, entendendo ser essa a condição jurídica necessária para garantir a supremacia e prevalência dos direitos humanos internacionalmente albergados em tratados e convenções. Neste diapasão, Celso de Albuquerque Mello entende que nem mesmo uma emenda constitucional teria o condão de suprimir um TIDH ratificado pelo Estado. Afirma o ilustre doutrinador que:

[...] a Constituição incorporou ao direito interno os tratados internacionais sobre direitos humanos. Esta incorporação é uma redundância e, na verdade, supérflua, tendo em vista que os tratados dos quais o Brasil faz ‘parte’ já são obrigatórios com ou sem o dispositivo acima. Ele é um verdadeiro pleonasmo. Entretanto, algo realizado com o intuito que reconhecemos humanitário, pode se transformar em algo perigoso. É que em Países onde há uma incorporação pura e simples o tratado é equiparado à lei e, erroneamente, se afirma que a lei posterior pode revogar o tratado que seria uma lei anterior. Na verdade, os direitos humanos têm a nosso ver um *status* especial na ordem jurídica internacional e **deve predominar sempre** (MELLO, 1994, p. 188, grifo nosso).

A segunda corrente doutrinária, defendida por Cançado Trindade e Flávia Piovesan, por exemplo, define que os TIDH possuem estatura constitucional, em função do caráter especial desses documentos convencionais em relação aos demais tratados internacionais comuns, os quais possuiriam *status* infraconstitucional. Por esse prisma, configurado conflito entre um TIDH e a Constituição pátria, este será resolvido pela aplicação da *norma mais favorável ao titular do direito violado*, permitindo que as disposições protetivas do direito interno e do direito internacional convirjam permanentemente necessitando que, para tanto, os tratados e as convenções de direitos humanos possuam *status* constitucional.

Necessário rendermos homenagens a Cançado Trindade pelo pioneirismo à época da Assembleia Nacional Constituinte brasileira, uma vez que foi de sua lavra a proposta da redação atual do § 2º ao artigo 5º no texto constitucional, encaminhado às comissões reformadoras originárias em 1987. Sobre o tema, já sob o raiar luminoso da nova Constituição Federal, o autor advertia que:

O propósito do disposto nos parágrafos 2º e 1º do artigo 5º da Constituição não é outro senão o de assegurar a aplicabilidade direta pelo Poder Judiciário nacional da normativa internacional de proteção, alçada a nível constitucional [...] Desde a promulgação da atual Constituição, a normativa dos tratados de direitos humanos em que o Brasil é parte tem efetivamente nível constitucional e entendimento em contrário requer demonstração. A tese da equiparação dos tratados de direitos humanos à legislação infraconstitucional - tal como ainda seguida por alguns setores em nossa prática judiciária - não só representa um apego sem reflexão a uma tese anacrônica, já abandonada em alguns Países [...] (TRINDADE, 1998, p. 88, grifo nosso).

Também por esse viés, se apresenta a doutrina de Flavia Piovesan pontificando que:

[...] a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos decorre da previsão constitucional do art. 5º, parágrafo 2º, à luz de uma interpretação sistemática e teleológica da Carta, particularmente da prioridade que atribui aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Esta opção do constituinte de 1988 se justifica em face do caráter especial dos tratados de direitos humanos e, no entender de parte da doutrina, da superioridade desses tratados no plano internacional (PIOVESAN, 2000, p. 90, grifo nosso).

Uma terceira corrente doutrinária pondera que os TIDH teriam caráter de lei ordinária, e, por essa via, seria possível ao Estado descumprir o regramento convencional por força de lei derogante. Todavia, jugamos que essa posição doutrinária é insubsistente, pois considerar válida a referida tese é disposição que carece de fundamentos no próprio direito internacional, já que tal orientação colide frontalmente com os princípios internacionais fixados pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que, em seu artigo 27, determina que nenhum Estado pactuante "pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado". Nesse mesmo sentido, a Convenção Americana é clara ao determinar, em seu artigo 2º,

que é dever do Estado adequar suas normas de direito interno ao direito convencional, adequando, modificando ou, até mesmo, suprimindo normas. A jurisprudência da Corte IDH² é clara nesse sentido, tendo reafirmado esse fundamento em mais de uma centena de julgados. Por fim, a quarta corrente doutrinária, que se considera inaugurada na Suprema Corte brasileira já a partir do voto do Ministro Sepúlveda Pertence na relatoria do RHC nº 79.785-RJ no ano 2000, define que os tratados e as convenções de direitos humanos têm natureza supralegal. Diz o Ministro em seu voto que:

[...] à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º, § 2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos. (BRASIL, 2000, grifo nosso).

3. PROCESSO HISTÓRICO DE CONSOLIDAÇÃO DO POSICIONAMENTO BRASILEIRO ACERCA DA HIERARQUIA DE TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS.

Antes da Emenda Constitucional nº 45/2004, as questões relativas à hierarquia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos na ordem jurídica interna, já encontravam *fundamento constitucional* no Art. 4º, II e no Art. 5º, parágrafos 1º e 2º da Carta Política brasileira.

2 A jurisprudência da Corte IDH converge nesse sentido. Vide: Caso "Instituto de Reeducação do Menor" Vs. Paraguai. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Direito consuetudinário acórdão de 2 de setembro de 2004, Série C, nº 112, § 205 Na lei das nações, universalmente aceita estabelece que um Estado que tenha ratificado um tratado de direitos humanos devem introduzir na sua legislação interna as modificações necessárias assegurar o cumprimento integral das obrigações assumidas [175]. A Convenção Americana estabelece a obrigação geral de cada Estado Parte para adaptar o seu direito interno às disposições da Convenção, para garantir os direitos nela consagrados. [176] Esta obrigação geral do Estado Parte implica que as medidas de direito interno devem ser eficazes (princípio do efeito útil) [177]. Isto significa que o Estado deve tomar todas as medidas para assegurar que as disposições da Convenção sejam efetivamente cumpridas em seu ordenamento jurídico interno, como exige o artigo 2 da Convenção [178] (CIDH de 2004,). Disponível em : <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf>. Em alta: 20 de janeiro 2014, também nesse contexto: Caso Almonacid Arellano de et al v Chile. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006, Série C, nº 154, parágrafo 122 Por estas razões, o Tribunal considera que o Estado cumpriu com as obrigações impostas pelo artigo 2 da Convenção Americana, formalmente mantida em seu sistema uma Decreto-Lei contrária à letra e ao espírito da coisa (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2006).

Nesse sentido, importa frisar que “divisor de águas” da decisão do Pretório Excelso no RE 466.343-SP , a partir do voto condutor do Ministro Gilmar Mendes, consolidou no STF o entendimento “já adotado em diversos Países no sentido da supralegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos na ordem jurídica interna” (BRASIL, 2008).

A partir de então, esse posicionamento tem permeado as decisões do STF, para demandas relacionadas à temática da prisão civil por dívidas. Nesse sentido, registra-se o voto do ex-Ministro Ayres Brito, no HC 97.256, de que se extrai, além do entendimento consolidado do STF acerca da supralegalidade dos TIDH, o conceito da obrigatoriedade da aplicação de norma mais benéfica (BRASIL, 2010, grifo nosso):

No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 – 6 - 1991. **Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes.**

Todavia, o caminho para alcançar o reconhecimento de hierarquia superior dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos frente às leis federais e leis ordinárias *foi longo e penoso*. Do período em que os TIDH ainda não haviam recebido a amálgama jurisprudencial recente, destaca-se o julgamento do HC 72.131 que logrou êxito à tese que equiparava Tratados Internacionais de Direitos Humanos às leis internas (BRASIL, 1995). Essa foi a primeira vez que a Corte examinou, em julgamento, o aludido Pacto de San José da Costa Rica, como paradigma convencional chamado em socorro ao impetrante na ocasião. Nesse julgamento, que tratou da recorrente questão da prisão civil por dívida relacionada a depositário infiel, em que pese o belo voto (vencido) do Ministro Carlos Velloso, afirmar com veemência que *o direito assegurado no artigo 7º, item 7, da citada Convenção, é um direito fundamental, em pé de igualdade com os direitos fundamentais expressos na Constituição*, seu posicionamento foi insustentável, pois a

maioria dos votos fundamentados na soberania de Constituição e de direito interno brasileiros mitigaram a eficácia, naquela ocasião, da cláusula de inclusão prevista no § 2º do Art. 5º da Carta Magna brasileira (BRASIL, 1995). Nesse julgamento, a tese equiparatória dos TIDH às leis federais ou ordinárias teve suas bases consistidas, principalmente, nos votos dos Ministros Maurício Corrêa e Celso de Mello.

O Ministro Maurício Corrêa, de plano, se posicionou contrário a qualquer giro jurisprudencial ao afirmar:

[...] não empresto ao artigo 7º, item 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) o elastério que se pretende dar ao seu conteúdo, a pretexto do § 2º do artigo 5º da CF, sobre os direitos e garantias concedidos pelo ordenamento constitucional, a respeito dos compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte. Elevar à grandeza de ortodoxia essa hermenêutica seria minimizar o próprio conceito da soberania do Estado-povo na elaboração de sua Lei Maior. Uma norma decorrente de tratado, face à Constituição, pode perfeitamente padecer de vício de inconstitucionalidade, e pois sujeitar-se ao controle do Supremo Tribunal Federal [...] A adesão à Convenção Americana sobre Direitos Humanos se deu à vista harmônica com a Constituição brasileira e em consonância com o ordenamento jurídico pátrio, sem querer significar que o instituto contemplado no Decreto-lei nº 911/69, restaria inaplicável, inexistente em face da norma sobre prisão civil a que se reporta a Convenção no citado artigo 7º (BRASIL, 1995, grifo nosso).

Também nessa direção, votou o Ministro Celso de Mello afirmando que:

É inquestionável, dentro do sistema jurídico brasileiro, que a normatividade emergente dos tratados internacionais permite situar tais atos de direito internacional público, no que concerne à hierarquia das fontes, no mesmo plano e grau de eficácia em que se posicionam as leis internas, como reconhece a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 58/70 –RTJ 83/809) e acentua o magistério da doutrina [...] Impõem-se acentuar, neste ponto, e sempre reconhecendo a necessária submissão hierárquico-normativa dos tratados internacionais à ordem jurídica subordinante consubstanciada na Lei Fundamental da República, que não há como emprestar à cláusula inscrita no art. 5º § 2º, da Carta Política um sentido exegético que condicione, que iniba ou, até mesmo, que virtualmente impossibilite o Congresso Nacional de exercer, em plenitude, as típicas funções institucionais que lhe foram deferidas pelo documento constitucional, especialmente quando este outorga ao Poder Legislativo expressa autorização para disciplinar e

instituir a prisão civil relativamente ao depositário infiel (BRASIL, 1995, grifo nosso).

Em outro julgamento ocorrido um pouco mais adiante, em 1997, o eminente Ministro Sepúlveda Pertence parece dar leve aceno progressista ao reforçar, em seu voto, na Medida Cautelar da ADI 1675 MC/DF, que:

A Convenção 126 da OIT reforça a arguição de inconstitucionalidade: ainda quando não se queira comprometer o Tribunal com a tese da hierarquia constitucional dos tratados sobre direitos fundamentais ratificados antes da Constituição, o mínimo a conferir-lhe é o valor de poderoso reforço à interpretação do texto constitucional que sirva melhor à sua efetividade: não é de presumir, em Constituição tão ciosa da proteção dos direitos fundamentais quanto a nossa, a ruptura com as convenções internacionais que se inspiram na mesma preocupação (BRASIL, 1997, grifo nosso).

Todavia, a lavra do mesmo Ministro não frutificou nesse mesmo sentido ao longo dos anos que sobrevieram à decisão citada. Em 2000, o mesmo Ministro Sepúlveda Pertence afirma no RHC 79.785/RJ que:

[...] Alinhar-se ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não implica assumir compromisso de logo com o entendimento - majoritário em recente decisão do STF (ADInMC 1.480) - que, mesmo em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais, **preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis ordinárias. 4. Em relação ao ordenamento pátrio, de qualquer sorte, para dar a eficácia pretendida à cláusula do Pacto de São José, de garantia do duplo grau de jurisdição, não bastaria sequer lhe conceder o poder de aditar a Constituição, acrescentando-lhe limitação oponível à lei como é a tendência do relator: mais que isso, seria necessário emprestar à norma convencional força ab-rogante da Constituição mesma, quando não dinamitadoras do seu sistema, o que não é de admitir**" (BRASIL, 2002, grifo nosso).

Em 2002, já no alvorecer da EC nº45/2004, emerge, com ineditismo, o posicionamento do Ministro Celso de Mello a favor da criação de um dispositivo na Carta Política brasileira que conceda, aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, estatura constitucional. A dicção do Ministro, em seu voto, no HC 81.319/GO, afirma que:

É irrecusável que os tratados e convenções internacionais não podem transgredir a normatividade subordinante da Constituição da República nem dispõem de força normativa para restringir a eficácia jurídica das cláusulas constitucionais e dos preceitos inscritos no texto da Lei Fundamental (ADI 1.480/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno). - **Revela-se altamente desejável, no entanto, "de jure constituendo", que, à semelhança do que se registra no direito constitucional comparado [...] o Congresso Nacional venha a outorgar hierarquia constitucional aos tratados sobre direitos humanos celebrados pelo Estado brasileiro** (BRASIL, 2002a, grifo nosso).

Temos que, a Emenda Constitucional nº 45/2004 concretizou as palavras do Ministro Celso de Mello, inserindo um dispositivo de outorga de hierarquia constitucional aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil e aprovados no rito específico do §3º do artigo 5º da CF.

Por fim, a consolidação do giro jurisprudencial observada no acórdão do RE-466.343-SP³ (fim da prisão civil por dívidas de caráter não alimentício), encontrou, no voto condutor do Ministro Gilmar Mendes, densamente fundamentado, a pacificação para o tema, no que se refere aos TIDH ratificados na forma do § 2 do art. 5º, da CF, sendo, a nosso ver, a tese jurisprudencial dominante sobre a matéria desde então.

4. A INTERNALIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NA ORDEM JURÍDICA INTERNA APÓS A EC 45/2004.

Preliminarmente, cumpre apresentarem-se algumas considerações, em sentido amplo, sobre o processo de ratificação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no direito brasileiro.

A fase inicial, negociação, é de competência privativa do Presidente da República, na forma do artigo 84º da Constituição Federal brasileira, necessitando, todavia, da aprovação do Congresso Nacional para seu exercício. Ocorre que, na forma do Decreto-lei 9.121, de abril de 1946, essa competência poderá ser delegada a representantes da

3 Trazemos o recorte jurisprudencial do RE 466.343-SP que mais bem explicita a posição da Corte Suprema brasileira, no voto condutor do Ministro Gilmar Mendes: "O Supremo Tribunal Federal acaba de proferir uma decisão histórica. O Brasil adere agora ao entendimento já adotado em diversos Países no sentido da suprallegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos na ordem jurídica interna" (BRASIL, 2008).

Presidência da República, em regra, cabendo ao Ministro das Relações Exteriores ou, ainda, a chefes de Missões Diplomáticas e, por último, a representantes acreditados pela Presidência da República no exercício dessa representação em reuniões e congressos internacionais.

Na fase seguinte, ocorre a aprovação parlamentar, prevista no artigo 49, I da Carta Política brasileira e que dispõe ser competência exclusiva do Congresso Nacional, a resolução definitiva sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. A autorização do Legislativo é materializada na forma de decreto legislativo do Congresso Nacional.

Assinado o tratado pelo Presidente da República e aprovado pelo Congresso Nacional por meio de decreto legislativo, dá-se a ratificação que, em poucas palavras, é o ato pelo qual o Estado signatário afirma, perante a comunidade internacional, sua vinculação ao regramento internacional convencionado no âmbito de seu direito interno.

O fato é que, após a aprovação do Congresso Nacional, o Presidente da República tem a discricionariedade de decidir *o momento da ratificação*, ou seja, do depósito do documento no organismo internacional controlador da Convenção ou Tratado. O ato de ratificação é *irretratável*, restando somente a denúncia para a reversão da vinculação do Estado a esse.

Visto dessa forma, em síntese bastante apertada, a internalização dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, ao que parece, deveria ser processo célere e de duração diminuta, já que existe conjugação de interesses comuns aos Estados compactuantes, infelizmente, não é assim. No direito brasileiro, o processo de internalização é lento, escamoso e repleto de chicanas. Segundo levantamento realizado por Rodrigo D'araujo Gabsch (2010, p. 247-259), em pesquisa patrocinada pelo Ministério das Relações Exteriores, atualmente, existem as seguintes fases/subfases no processo de aprovação de Tratados Internacionais (excetuados os Tratados e as Convenções do MERCOSUL que seguem rito diferenciado):

- APROVAÇÃO – 25 subfases, incluindo a publicação do decreto legislativo;

- PROMULGAÇÃO – 22 subfases, incluindo a publicação do decreto presidencial.

A existência de 47 subfases somente nos procedimentos internos relativos à aprovação e promulgação de Tratados Internacionais não poderia ter outro efeito se não a morosidade do processo de internalização. Segundo a última estatística do Ministério das Relações Exteriores, o tempo médio decorrido entre a assinatura e promulgação é 981 dias, ou seja, 2 anos, 8 meses e 21 dias.

O procedimento de internalização de Tratados Internacionais de Direitos Humanos ao direito brasileiro sofreu derivação após a EC 45/2004, uma vez que, com a inserção do §3º do artigo 5º da CF, foi criada nova via procedimental para a incorporação de TIDH, destinados a receberem do Congresso Nacional a estatura de emenda constitucional. A referida emenda, sem dúvidas, produziu significativas mudanças no trato constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. O texto da Carta Magna brasileira, até então, definia a “não exclusão” de direitos na forma do §2º do artigo 5º, que a doutrina convencionou denominar como *cláusula constitucional de abertura ou de inclusão*⁴.

Até aquele momento, na Carta Constitucional brasileira, estabelecia-se permeabilidade hermenêutica aos instrumentos internacionais de garantia dos direitos humanos no direito interno brasileiro, pela via do §2º do artigo 5º, que declara que os direitos fundamentais não se exaurem no texto constitucional, por força dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, reforçando a tese da aplicação da *norma mais favorável para a garantia dos Direitos Humanos*.

Pela referida emenda constitucional, ao acrescentar o § 3º no mesmo artigo, intentou o legislador definir um requisito formal para ratificação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, com vistas a garantir-lhes *inconteste* estatura constitucional. Porém, o estabelecimento de dois ritos diversos para a internalização de TIDH inaugurado a partir da citada emenda deu mais contrastes à divergência doutrinária

4

Constituição Federal, Art. 5º, §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” (BRASIL, 1988).

em torno do *status* constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados antes da EC-45/2004. E mais, o rito inaugurado, no §3º, do artigo 5º, da CF, acabou por ensejar mais um dissenso doutrinário, por corrente minoritária que julga ser necessária a reaprovação dos referidos diplomas para, aí sim, garantir-lhes a elevação ao mais alto patamar do direito brasileiro.

Em termos práticos, o §3º, do artigo 5º, da CF, viabilizou, até o momento, apenas a internalização da Convenção Internacional e Protocolo Facultativo sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, promulgado pelo Decreto Nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, a partir do Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008, com hierarquia de emenda constitucional.

Algumas considerações são necessárias acerca desse processo inaugural do dispositivo constitucional em comento.

A aprovação de Tratados Internacionais de Direitos Humanos, na forma do §3º, do artigo 5º, da Carta Magna brasileira, não é imperativa. O próprio texto constitucional define certa discricionariedade ao informar que apenas **“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”** (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Prova disso é que a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, assinada em 10/06/1994 e que obteve aprovação legislativa em 08/04/2011, portanto em data posterior ao processo de internalização da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, não recebeu do Congresso o condão de emenda constitucional, sendo aprovada somente nos termos do parágrafo único do art. 52 do Regimento Comum e do inciso XXVIII do art. 48 do Regimento Interno, ambos do Senado Federal.

Esse cenário, por certo, traz discussões sobre a eficácia do dispositivo constitucional advindo da EC/45 de 2004 e abre espaço para novas reflexões, por exemplo, sobre uma possível manipulação política sobre a forma, o trâmite e os prazos da internalização dos Tratados e Convenções de Direitos Humanos. A questão discricionária para a celebração de tratados internacionais é objeto de reflexão doutrinária antiga,

remontando ao surgimento do próprio direito internacional, como pontificou, há mais de 250 anos, Emer de Vattel, em seu tratado “O direito das gentes” traduzido em 2004:

O soberano que possui império pleno e absoluto tem, sem dúvida, o direito de tratar em nome do Estado que ele representa e seus compromissos vinculam toda a Nação. Mas nem todos os dirigentes dos povos têm o poder de fazer tratados públicos por sua própria autoridade; **alguns são obrigados a seguir o parecer do Senado ou dos representantes da Nação. É nas leis fundamentais de cada Estado que se deve verificar qual é o poder capaz de contratar validamente em nome do Estado** (VATTEL, 2004, p. 274, grifo nosso).

A tese do §3º, do artigo 5º, nos remete, compulsoriamente, a uma condição de que, somente os TIDH aprovados sob esse procedimento alcançarão a plenitude da jurisdição constitucional, ou seja, passarão a ser considerados como “*causa petendi aberta*, com a necessidade de aplicação dessas normas sempre que houver essa necessidade”, como afirma o Ministro Gilmar Mendes em seu voto no RE-466.343-SP (BRASIL, 2008).

Destarte, o entendimento hodierno do STF, consolidado a partir do referido Recurso Extraordinário, outorga aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos não aprovados no rito do §3º, do artigo 5º, da CF, hierarquia *supralegal*. E, como já dissemos, após a edição da EC nº 45/2004, o Brasil ratificou, pelo viés da supralegalidade, a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas. Esse fato, impõe algumas ponderações.

Seria possível instrumentalizar uma reaprovação⁵ de TIDH, visando alçar sua estatura ao patamar constitucional? Pensamos que, tecnicamente, sim, todavia, considerando essa possibilidade, é certo que o processo de reaprovação seria bastante escamoso, e ocorreria dentro dos termos da tramitação de qualquer emenda constitucional, ou seja, a proposta de reaprovação deveria percorrer, obrigatoriamente, a

5 Vez por outra, em alguns artigos, observou-se, com preocupação, que tem sido utilizado o termo “re-ratificação” no contexto em que nos pronunciamos. Pois bem, a ratificação é ato solene do Estado que tem como destinatário a comunidade ou organismo internacional de origem do documento convencional e ocorre após a aprovação do texto convencional pelo Congresso Nacional, que poderá ocorrer ou não, na forma do §3º, do artigo 5º. Aprovado o texto, está autorizado o Estado a ratificar (firmar) o referido TIDH perante o organismo internacional de origem, depositando o documento convencional assinado e, somente após, ocorrerá a promulgação pela Presidência da República, por meio de decreto, declarando que, a partir daquele momento, está o referido documento convencional internalizado no ordenamento jurídico brasileiro com hierarquia supralegal ou de emenda constitucional, a depender do rito adotado pelo Congresso Nacional.

CCJ das duas Casas Legislativas, além das comissões temáticas do Congresso Nacional, tal e qual qualquer projeto de emenda constitucional com apenas uma diferenciação: não caberia, **sob nenhuma hipótese**, apresentação de emenda, tampouco de projeto substitutivo uma vez que um Estado compactuante, por si próprio, não tem poder para alterar o texto aprovado pela comunidade internacional. Impende, porém, refletirmos sobre algumas questões adicionais de um cenário de reaprovação de um TIDH, sob o rito de emenda constitucional.

Colhendo dados do impressionante exercício estatístico produzido por GABSCH, em seu estudo voltado a proposição de medidas para a aceleração da aprovação dos tratados internacionais, temos que os dados revelam que o tempo médio total entre a Assinatura e a Promulgação é de 981 dias, o que indica que um eventual processo de reaprovação provavelmente, a julgar pela performance atual, seria igualmente moroso. Isso sem considerar as intercorrências provenientes de questões discricionárias e políticas do Congresso Nacional e da própria Presidência da República, que, em última análise, seriam os responsáveis pela definição do ritmo do processo de reaprovação desses documentos.

5. QUESTÕES EMERGENTES RELATIVAS A EXISTÊNCIA DE DUPLO PROCEDIMENTO DE INTERNALIZAÇÃO DE TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO BRASILEIRO.

Questões controversas emergem da inovação inaugurada com a EC nº45/2004, quanto a possibilidade de *hierarquização entre direitos humanos*, decorrente da existência de dois ritos possíveis para a internalização dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no direito interno. A existência desta discricionariedade quanto ao procedimento de internalização dá, em nosso entendimento, origem a três tipos de diferenciação entre os TIDH internalizados, que classificamos como diferenciação formal, hierárquica e jurisdicional.

5.1 Diferenciação formal.

Decorre da existência de *duplo rito para internalização de normas de mesma origem, natureza e destinatário*. Na prática, o §3º, do artigo 5º, acabou por categorizar estes documentos convencionais em duas classes hierárquicas, ou seja, de hierarquia supralegal ou constitucional, a depender do rito adotado para internalização.

Supondo que um TIDH seja internalizado no direito interno brasileiro pelo rito previsto no §3º, do artigo 5º, da CF, terá hierarquia constitucional. Daí derivarão mais duas questões provenientes da Carta Política brasileira.

Imaginando, em tese, que seja identificada, arguida e confirmada uma *inconstitucionalidade intrínseca* relativa ao suposto Tratado Internacional de Direitos Humanos constitucionalizado, por exemplo, pela constatação de colidência com alguma cláusula pétrea da CF brasileira; como se dará a harmonização no sistema constitucional?

Sabendo-se que tal incidente não exclui o Estado de responsabilidade internacional, se o STF declarar a inconstitucionalidade do documento convencional, na forma do artigo 102, III, b, além das implicações legislativas no âmbito do Congresso Nacional, deverá o Presidente da República denunciar o TIDH para conformar o direito interno à decisão do Supremo Tribunal Federal? Se assim o fizer, não estaria o Brasil violando a Convenção de Viena, por exemplo, no previsto na alínea b, do artigo 54º, que define que a retirada de uma das partes pode ter lugar a qualquer momento, *pelo consentimento de todas as partes*, após consulta com os outros Estados contratantes? E, ainda, uma vez que o Presidente da República pode decidir discricionariamente, na forma Carta Magna, a denúncia de tratados internacionais, a submissão ao prévio consentimento das partes contratantes não seria um ataque ao próprio princípio da soberania do Estado?

Questões como estas permanecerão abertas, porque, dificilmente, a citada colisão ocorrerá, mas, como é possibilidade real ainda que remota, merecem ser objeto de pesquisa acadêmica e de reflexão doutrinária.

5.2 Diferenciação hierárquica.

A diferenciação de normas internacionais de mesma origem, natureza e destinatários, em hierarquias distintas – supralegal ou constitucional – exsurge da diferenciação formal e representa outra questão complexa que, a nosso ver, tem potencial para criar embaraço ao Brasil, uma vez que, para o direito internacional público, a forma de internalização não é sequer considerada como mecanismo necessário à garantia de eficácia dos TIDH ratificados.

Nesse sentido, importa registrar que a *Conferência Mundial de Direitos Humanos* ocorrida em Viena no ano de 1993 aprovou por unanimidade dos presentes a Declaração e o *Programa de Ação de Viena*, documento que reafirma todos os compromissos previstos na Carta das Nações Unidas, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, e no Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. O Programa de Ação de Viena define, em seu Art. 5º, seção I, que:

Todos os Direitos Humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve considerar os Direitos Humanos, globalmente, de forma justa e equitativa, **no mesmo pé e com igual ênfase.** Embora se deva ter sempre presente o significado das especificidades nacionais e regionais e os diversos antecedentes históricos, culturais e religiosos, compete aos Estados, independentemente dos seus sistemas políticos, econômicos e culturais, promover e proteger todos os Direitos Humanos e liberdades fundamentais (VIENA, 1993, grifo nosso).

Ainda que, no contexto internacional, documentos classificados como “Cartas e Programas de Ação” apresentem força normativa de *soft law*, tendo, por assim dizer, uma cogência mitigada⁶, fica claro que o §3º, do artigo 5º, da CF, colide com as diretrizes do Programa de Ação de Viena, e nesse sentido, o tema poderá ser objeto de pressão futura da comunidade internacional contra o Brasil se, na prática, a hierarquização entre Direitos

6 Dizemos mitigada pelo que depreendemos da dicção do artigo 53º da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados que transcrevemos *in verbis*: “A norma do *jus cogens* é aquela norma imperativa de Direito Internacional geral, aceita e reconhecida pela sociedade internacional em sua totalidade, como uma norma cuja derrogação é proibida e só pode sofrer modificação por meio de outra norma da mesma natureza” (O autor, 2014).

Humanos, decorrente do duplo modelo de internalização dos TIDH em nosso direito interno, implicar violação (perda ou restrição) de Direitos Humanos convencionados.

5.3 Diferenciação jurisdicional interna.

Igualmente decorrente da diferenciação formal, a diferenciação jurisdicional interna trará efeitos processuais em lides que tenham por paradigma as normas convencionais de mesma origem e natureza, e de mesmo destinatário, mas com hierarquias distintas – supralegal ou constitucional. Em função do rito adotado para internalização, alguns contenciosos possuem o condão de serem iniciados já na jurisdição constitucional máxima (no caso de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, por exemplo).

Recordando pronunciamento do Ministro Gilmar Mendes nos termos de seu voto condutor no RE-466.343-SP, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, aprovados na forma §3º, do Art. 5º, da CF, transformaram-se em “*causa petendi aberta*, com a necessidade de aplicação dessas normas sempre que houver essa necessidade” (op.cit) e, portanto, podem ensejar acesso direto à jurisdição constitucional por meio de Mandado de Injunção ou, por exemplo, servir de paradigma para fundamentação de ADPF, ADI, etc., no sentido de garantir os direitos enunciados no documento convencional internalizado e não cumprido.

Nesse sentido, pontua o Ministro Luís Roberto Barroso que:

Os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos têm *status* diferenciado no ordenamento jurídico interno. Quando internalizado conforme o rito previsto no art. 5º, §3º, assumem hierarquia de emenda constitucional, de modo que se sobrepõem à legislação ordinária **e constituem parâmetro para o controle de constitucionalidade** (BARROSO; TIBÚRCIO, 2013, p. 224).

Destarte, atualmente, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo são os únicos documentos convencionais de proteção aos Direitos Humanos com *status* de emenda constitucional e, portanto, de forma idêntica aos demais dispositivos constitucionais, hierarquicamente superiores às demais leis do ordenamento jurídico brasileiro.

Assim ocorreu no julgamento do RE 440.028 SP (BRASIL, 2013), em que o Estado de São Paulo buscou, na Suprema Corte, refúgio para escusar-se do dever estatal de prover meios para o acesso digno de pessoas com deficiência física aos prédios públicos naquele Estado. O voto condutor do Ministro Marco Aurélio, que reproduzimos em parte, já emoldurou artigos de nossa Carta Magna e da citada Convenção, em plano de igualdade.

Colho da Constituição Federal que 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 portadoras de deficiência física – artigo 227, § 2º. Mais do que isso, consoante dispõe o artigo 244, a lei versará a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente disponíveis, para garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme preceituado no referido § 2º do artigo 227. [...] **A esse arcabouço, provido pelo constituinte originário, devem-se somar as disposições da Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o respectivo Protocolo Facultativo, promulgada por meio do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. A incorporação ao cenário normativo brasileiro ocorreu segundo o procedimento previsto no § 3º do artigo 5º da Carta Federal, com a estatura de emenda constitucional.** Destaco o teor do artigo 9º:[...]1. A fim de possibilitar às pessoas com deficiência viver de forma independente e participar plenamente de todos os aspectos da vida, **os Estados Partes tomarão as medidas apropriadas** para assegurar às pessoas com deficiência o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na zona urbana como na rural. **Essas medidas, que incluirão a identificação e a eliminação de obstáculos e barreiras à acessibilidade, serão aplicadas, entre outros, a:** a) Edifícios, rodovias, meios de transporte e outras instalações internas e externas, inclusive escolas, residências, instalações médicas e local de trabalho (BRASIL, 2013, grifo nosso).

Nesse contexto, é previsível ou, pelo menos, há que se considerar, a possibilidade de que a Lei Orçamentária anual possa a ser objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade se não prever, por exemplo, recursos suficientes para garantir políticas públicas concretizadoras dos pressupostos mínimos da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, e, mais,

podendo ser objeto, inclusive, de denúncia na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. O caminho está desenhado pelo próprio STF.

Por outra via, os demais TIDH já aprovados, ratificados e promulgados pelo Brasil não terão o condão de parametrizar ação de mesmo porte por serem hierarquizados pela jurisprudência do Pretório Excelso, na condição de supralegalidade, alçando nossa suprema Corte, no máximo em sede de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental por força da cláusula constitucional de inclusão prevista no §2º do artigo 5º de nossa Constituição Federal.

6. CONCLUSÃO.

A inovação ínsita na EC nº 45/2004 inaugurou, no ordenamento jurídico brasileiro, uma duplicidade de rito para aprovação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e, por conseguinte, sua hierarquização no direito interno, criando, a priori, questões controversas que desbordam da incontestada hierarquização de direitos humanos no direito interno que, por si, já poderá criar embaraços ao Brasil na comunidade internacional, uma vez que tal situação colide com o disposto na Declaração e no Programa de Ação de Viena. Por conseguinte, percebe-se que a estatura constitucional de um Tratado Internacional de Direitos Humanos não lhe confere, em termos práticos, eficácia. Padecerá da mesma desídia estatal que atinge seus semelhantes dispositivos *nato-constitucionais* em sua efetivação. Comprova a condição por vezes humilhante em que o portador de deficiência é submetido em nosso país, em situação atentatória à sua dignidade de pessoa humana, ainda que os direitos convencionais tenham sido internalizados com estatura constitucional.

Compete à comunidade acadêmica intensificar a pesquisa relativa aos efeitos já observados em mais de uma década de existência daquilo que denominamos *duplo rito de internalização de Tratados Internacionais de Direitos Humanos*, a fim de verificar seus efeitos e fundamentar possível denúncia junto ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos permitindo o acompanhamento e vigilância da comunidade internacional.

Por fim, cremos que estudos mais densos que as breves considerações que apresentamos no presente artigo possam, quem sabe, inspirar no futuro um movimento

direcionado à propositura de revisão constitucional que limite a discricionariedade do Estado na definição do processo de internalização dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, garantindo-lhes perene e incontestada estatura constitucional já a partir de sua ratificação e por seu turno, maior efetividade face ao acesso pleno à jurisdição constitucional.

REFERÊNCIAS.

GABSCH, Rodrigo D. . *Aprovação de tratados internacionais pelo Brasil: possíveis opções para acelerar o seu processo*. Brasília: FUNAG, 2010. Disponível em: <[http://funag.gov.br/loja/download/724-](http://funag.gov.br/loja/download/724-Aprovacao_de_Tratados_Internacionais_pelo_Brasil_possiveis_opcoes_para_acelerar_seu_processo.pdf)

[Aprovacao_de_Tratados_Internacionais_pelo_Brasil_possiveis_opcoes_para_acelerar_seu_processo.pdf](http://funag.gov.br/loja/download/724-Aprovacao_de_Tratados_Internacionais_pelo_Brasil_possiveis_opcoes_para_acelerar_seu_processo.pdf)>. Acesso em: 10 mai. 2014.

MAZZUOLI, V.O. . *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELLO, Celso A. . *Responsabilidade internacional do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 4. ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000.

TIBÚRCIO C.; BARROSO L. R. *Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

TRINDADE, A.A.C. . *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

_____. *Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional*. Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, Brasília, nº 113-118, 1998, pp. 88-89.

VATTEL, Emer. *O direito das gentes I*. Prefácio e tradução: RANGEL, Vicente M. Brasília: Editora Universidade de Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2004.

_____. *Declaração e Programa de Ação de Viena*. In: *Conferência Mundial Sobre Direitos Humanos*. Viena. Anais... [S.l.]: Portal de Direito Internacional, 1993. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa>

%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%Aancia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2015.

_____. Recurso ordinário em *habeas corpus* n. 79.785-7. Rio de Janeiro. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 29 mar. 2000: Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661>>. Acesso em: 22 nov. 2015.

_____. Recurso extraordinário 466.343-1 São Paulo. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 3 dez. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

_____. Habeas Corpus 97.256 Rio Grande do Sul. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 1 set. 2010. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617879>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

_____. Habeas Corpus 72.131-1 Rio de Janeiro. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 29 nov. 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

_____. Habeas Corpus 81.319-4 Goiás. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 24 abr. 2002a. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78700>. Acesso em: 15 jan. 2016.

_____. Recurso Extraordinário 440.028 São Paulo. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 29 out. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4919884>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf>. Acesso em: 23 set. 2015. _____. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. [S.l.], 26 set. 2006. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.doc>. Acesso em: 23 set. 2015.