

INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO BRASILEIRO

THE INCORPORATION OF HUMAN RIGHTS TREATIES AT THE BRAZILIAN LAW

Giovanna Carvalheiro Russo¹
Juvêncio Borges Silva²
Karolainy Godoi de Oliveira³

RESUMO

O presente artigo tem como premissa trazer à cognição o procedimento de incorporação dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio, bem como sobre como têm sido compreendidas as modalidades de hierarquização destas normas de direitos humanos decorrentes de tratados internacionais no direito brasileiro. Nessa esteira, no decorrer do presente trabalho será feita a abordagem acerca das controvérsias teóricas-doutrinárias sobre o tema, expondo o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal com enfoque trazido pela Emenda Complementar nº 45/2004 e, por fim, será feita a análise sobre o procedimento utilizado para a aprovação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Para tanto, utilizou-se a metodologia de pesquisa bibliográfica, por meio da leitura de obras doutrinárias, artigos científicos, jurisprudências e legislações pertinentes ao tema em questão. Diante do exposto, será apresentado à conclusão sobre o procedimento de incorporação das normas internacionais de direitos humanos comparado ao entendimento adotado pela Suprema Corte.

PALAVRAS-CHAVE: Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Incorporação. Tratados e Convenções Internacionais.

¹ Graduanda no curso de direito da Faculdade de Direito “Laudo de Camargo” na Universidade de Ribeirão Preto/SP – e-mail: giovanna.russo1@hotmail.com

² Prof. do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Ribeirão Preto; Prof. da Graduação em Direito da Universidade de Ribeirão Preto; Pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Doutor pela UNESP; Mestre pela UNICAMP; Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Franca e Licenciado em Ciências Sociais pela Faculdade de Filosofia de Passos – e-mail: juvencioborges@gmail.com

³ Graduanda no curso de direito da Faculdade de Direito “Laudo de Camargo” na Universidade de Ribeirão Preto/SP – e-mail: karol.godoi.oliveira@hotmail.com

ABSTRACT

The goal in the subsequent article is to bring acknowledge about the incorporation procedure of the human rights treaties in the native judicial order, such as the contemporary comprehension of the hierarquy modalities in this human rights rules resulted from international treaties in the brazilian law. By these terms, as the paper occurs there will be a approach through the theoretical doctrine controversys showing the consolidated agreement made by Brasil's Federal Court of Justice with focus on the Constitutional Amendment nº 45/2004. To conclude, there will be a analysis about the procedure used to get the approval of the Convention on the Rights of Person with Disabilities (CRPD) and its Optional Protocol signed at New York on the thirtieth of may in 2007. To achieve the expected results a bilbiographical research metodology was used through the reading of doctrinal work, cientific articles, jurisprudences and pertinent legislations regarding the theme. Based on the considerations above, there will be presented to the conclusion the incorporaton procedure of international human rights rules compared to the agreement used at the Federal Court of Justice.

KEYWORD: Human Rights International Treaties. Incorporation. Treaties and International Conventions.

1 INTRODUÇÃO

Os Direitos Humanos constituem-se de uma série de garantias essenciais para garantir a dignidade da pessoa humana, a igualdade entre as pessoas e os direitos fundamentais de cada indivíduo. Para Ramos (2020, p. 42): “os direitos humanos representam valores essenciais, que são explicitamente ou implicitamente retratado nas Constituições ou tratados internacionais”.

Á vista disso, verifica-se que a Constituição Federal de 1988 inseriu o Estado brasileiro na ordem internacional de Direitos Humanos, isso porque, a atual Carta Constitucional rompeu com o regime autoritário militar instalado em 1964 e deu lugar a proteção dos direitos da cidadania e da liberdade enquanto princípios constitucionais, trazendo um maior enfoque para a relação entre a Constituição e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Tal inovação da Carta Magna foi fundamental para ampliação dos Direitos Humanos no Brasil, ao passo que os tratados internacionais são uma grande fonte desse direito material. Vale frisar que tais instrumentos possuem força jurídica vinculante, de modo que o descumprimento das obrigações neles contraídas implicam em responsabilização em nível internacional.

Dada sua importância, a Constituição buscou regular o procedimento de internalização dessas normas ao Direito interno, especialmente no que tange aos tratados que versam sobre os Direitos Humanos. No entanto, referido procedimento sempre travou grandes embates entre a doutrina e a jurisprudência, surgindo-se ao longo dos anos diversas teorias acerca do tema.

Nesse cenário, o presente trabalho tem por objetivo analisar o procedimento de incorporação dos tratados internacionais de Direitos Humanos no ordenamento jurídico e como têm sido compreendidas as modalidades de hierarquização destas normas.

Para tanto, será feita uma análise das correntes doutrinárias acerca do procedimento de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos ao direito interno brasileiro, comparado ao entendimento sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal, cotejado com o teor do Pacto de São José da Costa Rica, bem como que com artigo 5º, inciso LXVII da Constituição Federal.

Outrossim, será feita uma análise sobre o procedimento utilizado para a aprovação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, bem como a demonstração de sua relevância jurídica para a evolução do tema *sub judice*.

Por último, será apresentado à conclusão observada por essa pesquisa quanto ao procedimento de incorporação das normas internacionais de direitos humanos comparada ao entendimento adotado pela Suprema Corte.

Destarte, para a elaboração da presente pesquisa foi utilizada a metodologia de pesquisa bibliográfica, através da abordagem de materiais existentes sobre o tema em questão, tais como obras doutrinárias, artigos científicos, entendimentos jurisprudenciais e legislações pertinentes, a fim de possibilitar um embasamento e, por consequência, um melhor desenvolvimento deste trabalho.

2 DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 Procedimento de incorporação dos Tratados Internacionais no direito brasileiro

Os tratados internacionais constituem-se em acordos internacionais juridicamente vinculantes e obrigatórios entre os Estados que, no exercício de sua livre soberania, contraiu para si tais obrigações no plano internacional.

A convenção de Viena, que versa sobre o Direito dos Tratados e estipula as regras comuns para a assinatura desses instrumentos entre os Estados-nações, exige que os tratados devem traduzir um consenso entre os estados participantes, prevendo, inclusive, sua nulidade nos casos em que a aprovação seja obtida mediante ameaça ou pelo uso da força, em violação aos princípios de Direito Internacional salvaguardados pela Carta da ONU.

Neste sentido, cada país, exercendo sua soberania, estabelece um procedimento referente à incorporação dos tratados internacionais. Quanto ao Brasil, as regras para o processo de celebração dos tratados estão previstas na Constituição Federal, mais especificadamente em seus artigos 49, inciso I e 84, inciso VIII, senão vejamos:

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;

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

VIII - Celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

A priori, cumpre destacar que o procedimento de incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento jurídico compõe-se de quatro fases: (a) Fase de Assinatura, que compreende o período das negociações entre os diplomatas até a assinatura pelo Presidente da República, Ministro das Relações exteriores ou os pelo plenipotenciários (aquele que possui a carta de plenos poderes); (b) Fase de Aprovação congressional, que corresponde ao período em que o texto do tratado é submetido ao Congresso Nacional para apreciação; (c) Fase da retificação, momento em que, o presidente pode, em nome do Estado, celebrar o tratado em definitivo; e por último (d) a Fase do Decreto Presidencial, momento em que será feito o Decreto de Promulgação (também chamado de Decreto Executivo ou Decreto Presidencial) pelo Presidente da República e referendado pelo Ministro das Relações Exteriores.

Assim, observa-se que neste procedimento, em síntese, o Poder Executivo é responsável por celebrar e assinar o tratado que, posteriormente, vai a referendo do Congresso Nacional, o qual aprova por maioria simples através de decreto legislativo, encaminhando-o para ratificação do Presidente da República e, uma vez ratificado, é promulgado e publicado

no Diário Oficial da União, sendo a ratificação o ato final pelo qual o tratado será incorporado ao ordenamento jurídico pátrio, valendo este procedimento para todos os tratados internacionais dos quais o Brasil pretende ser parte, sejam os comuns ou de direitos humanos, conforme ensinamentos de Castilho (2018, p. 106).

Ademais, quanto ao *status* normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, Castilho (2018, p. 106) ainda leciona que há uma vertente na qual atribui o caráter constitucional a estes diplomas internacionais, na medida em que o fundamento é dado pela previsão do §2º do artigo 5º da CF, uma vez que o entendimento dessa tese é no sentido de que este dispositivo constitucional prevê que os direitos e garantias decorrentes de tratados internacionais firmados pelo Brasil integram o catálogo de direitos fundamentais, atribuindo, portanto, a hierarquia de norma constitucional aos tratados internacionais que versam sobre os direitos humanos.

Não obstante o quanto disposto no §2º do art. 5º da CF, ante a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, na qual introduziu ao texto constitucional o §3º no artigo 5º, é notório que a Constituição Federal optou por dar um tratamento diferenciado aos tratados de direitos humanos, uma vez que acabou reconhecendo o *status* constitucional dos diplomas internacionais que versassem sobre esses direitos, passando a dispor que “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”.

No entanto, cumpre ressaltar que é atribuído o caráter constitucional somente na hipótese de um tratado de direitos humanos ser aprovado pelo quórum estabelecido no parágrafo mencionado, obtendo, portanto, força de emenda constitucional e poderia, nas palavras do Supremo Tribunal Federal, paralisar a eficácia de outros dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que lhe sejam contrários, consoante ensinamentos de Varella (2019, p. 112).

Nesse diapasão, segundo Mazzuoli (2019, p. 215), o procedimento de celebração dos tratados de direitos humanos, após a previsão estabelecida no §3º do artigo 5º da CF, poderia ocorrer de duas maneiras, quais sejam:

Após a assinatura pelo Poder Executivo, os tratados de direitos humanos seriam aprovados pelo Congresso Nacional, nos termos do inciso I do art. 49 da CF, e uma vez ratificados, promulgados e publicados, poderiam ser novamente apreciados pelo Congresso, o

qual decidirá, por meio do quórum previsto no §3º do art. 5º, se irá atribuir-lhes a equivalência de emenda constitucional.

Já no que diz respeito à segunda forma do procedimento, ele se daria de modo que, após a assinatura pelo Poder Executivo, tais tratados já poderiam ser imediatamente aprovados através do quórum estabelecido pelo §3º do art. 5º da CF, sendo, portanto, suprimida a fase prevista no inciso I do artigo 49 da CF, bem como, caso ter a aprovação necessária, o tratado seria ratificado pelo Presidente da República e, encontrando-se em vigor internacional, já ingressaria ao ordenamento jurídico interno de forma equivalente à emenda constitucional.

2.2 Hierarquização das normas de Direitos Humanos decorrentes dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no ordenamento jurídico interno

Em que pese a inclusão do §3º no art. 5º da CF pela Emenda Constitucional nº 45/2004 conjuntamente com o quanto disposto no §2º do art. 5º, sobrevieram diversos entendimentos sobre o *status* normativo dos tratados internacionais de direitos humanos, sendo que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a questão em debate foi sedimentado no julgamento do RE 466.343/SP, especificadamente no voto do Ministro Gilmar Mendes, ocasião na qual tratou-se sobre a possibilidade da prisão civil do devedor como depositário infiel em alienação fiduciária em garantia, cuja ementa passa-se a expor:

EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343/SP. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro César Peluso. Divulgação: 04/06/2009. Publicação: 05/06/2009).

Neste sentido, cumpre apontar que tal divergência, nos ensinamentos de Flávia Piovesan (2013 p.71), pode ser sistematizada em quatro correntes principais: a) a vertente que reconhece a natureza supraconstitucional dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos; b) o posicionamento que atribui caráter constitucional a esses diplomas internacionais; c) a corrente que reconhece o status de lei ordinária a esse tipo de documento internacional; por

fim, d) a interpretação que atribui caráter supralegal aos tratados e convenções sobre direitos humanos.

A primeira corrente preconiza a ideia de que os tratados de Direitos humanos possuiriam um *status* supraconstitucional, de modo que as normas desses tratados não poderiam ser suprimidas nem mesmo por Emenda Complementar. Tal teoria deve ser criticada ao passo que o direito brasileiro preza pela supremacia da Constituição, motivo pelo qual essa corrente não condiz com o sistema normativo pátrio.

Já na segunda corrente apresentada, defende-se que os tratados de direitos humanos possuem natureza constitucional, vez que o §2º do art. 5º da C.F seria uma cláusula de recepção de outros direitos prescritos em tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Ocorre que, em que pese essa tese reconhecer a especialidade dos tratados de direitos humanos, ela foi deixada de lado quando a Emenda Constitucional nº 45/2004 trouxe em sua redação a ideia de que somente os tratados que vierem a ser ratificados pelo Brasil com o quórum especial previsto no §3º do art. 5 da CF seriam dotados de natureza constitucional, sendo que os tratados de direitos humanos adotados pelo Brasil, anteriores a essa EC e que não foram aprovados pelo quórum previsto, não teriam essa especialidade.

Noutro giro, na terceira corrente o entendimento esposado seria de que todos os tratados internacionais ingressam no ordenamento jurídico como norma infraconstitucional. No entanto, de pronto é possível refutar a tese defendida por essa linha de pensamento, ao passo que a Emenda Constitucional nº 45 deixou claro o desejo do legislador em dar um tratamento especial no que tange aos tratados de direitos Humanos.

Outrossim, o §2º do artigo 5º da CF já transmite a ideia de que os tratados internacionais fazem parte do bloco de constitucionalidade devendo, portanto, serem utilizados como controle da legalidade.

Por último, a quarta corrente apresentada, como o próprio nome sugere, atribui aos tratados de Direitos Humanos uma característica de supralegalidade, de forma que estariam acima das leis ordinárias, tendo em vista que possui uma especialidade em relação aos demais tratados, mas ao mesmo tempo abaixo da Constituição Federal, vez que não podem afrontar a Supremacia Constitucional.

Essa teoria vem sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal atualmente, no entanto, antes que a jurisprudência se pacificasse nesse sentido, necessário tecer algumas considerações sobre essa evolução, senão vejamos:

Ao longo dos anos foi possível verificar que a Corte Suprema demonstrava certa resistência em reconhecer a hierarquia constitucional dos tratados de Direitos Humanos, isso porque, ao se analisar as decisões proferidas pelo Excelso Tribunal, verifica-se que até o ano de 2008 defendeu-se a tese de que os tratados de direitos humanos teriam a mesma hierarquia dos demais tratados, considerados equivalentes à lei ordinária federal. A ementa do acórdão no HC 72.131, julgado em 23/11/1995 não deixa dúvida acerca do entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

Com efeito, **é pacífico na jurisprudência desta Corte que os tratados internacionais ingressam em nosso ordenamento jurídico tão somente com força de lei ordinária** (...), não se lhes aplicando, quando tendo eles integrado nossa ordem jurídica posteriormente à Constituição de 1988, o disposto no art. 5º, § 2º, pela singela razão de que não se admite emenda constitucional realizada por meio de ratificação de tratado” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 72.131, voto do Rel. p/ o ac. Min. Moreira Alves, Plenário. Julgamento em 23/11/1995, Plenário, DJ de 01/08/2003 - Grifo nosso).

Tal posicionamento foi amplamente criticado por diversos doutrinadores, ao passo que art. 5, §2º da Constituição asseguraria a hierarquia de norma constitucional aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Nessa esteira, o então Ministro Sepúlveda, em fundamentação do seu voto no Recurso em Habeas Corpus n. 79.785-RJ, sustentou a força suprallegal dos Tratados de Direitos Humanos, bem como a ideia de que dever-se-ia dar aplicação direta às suas normas sempre que, sem ferir a Constituição, a complemente, especificando ou ampliando os direitos e garantias nela previstos.

No entanto, conforme já mencionado alhures, mesmo após voto esposado pelo Ilustre Ministro Sepúlveda, o Supremo Tribunal Federal permaneceu resistente quanto à natureza dos tratados de direitos humanos, motivo pelo qual houve a necessidade da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, conforme redação acima já colacionada.

A orientação prevista na referida Emenda Complementar deu ensejo a revisão do entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, momento em que, o Excelso Tribunal, em julgamento ao RE 466.343/SP, retomou a visão do Ministro Sepúlveda quanto a natureza suprallegal dos tratados internacionais de direitos humanos, pacificando o entendimento de que esses tratados se encontram abaixo da Constituição Federal, mas acima da legislação infraconstitucional.

Desse modo, restou estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal o *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos adotados pelo Brasil, principalmente quanto ao julgamento do HC 90.172/SP, ocasião na qual o Ministro Gilmar Mendes repisou o entendimento exposto no RE 466.343/SP e consolidou a ideia de que, havendo confronto entre os tratados internacionais de Direitos Humanos e a lei interna, os primeiros dever-se-iam prevalecer.

Sendo assim, conforme leciona Varella (2019, p. 114), os diplomas internacionais de direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional nº 45/2004 ou então posteriores, porém não aprovados pelo quórum estabelecido no §3º do art. 5º da CF, possuiriam *status* supralegal, não podendo, portanto, serem revogados ou ter sua eficácia suspensa por normas posteriores, enquanto os tratados aprovados pelo quórum, conforme já elucidado, seriam equivalentes às emendas constitucionais.

Nesse diapasão, ao aplicar essa tese ao caso concreto do RE 466.343/SP, observa-se que a decisão deste julgamento estaria alicerçada aos termos do art. 7º, n. 7 do Pacto de São José da Costa Rica⁴, no qual proíbe a prisão civil por dívida, salvo aquela decorrente de inadimplemento de obrigação alimentícia, não abrangendo como mais uma exceção o caso do depositário infiel, o que nitidamente difere do quanto disposto no texto constitucional em seu inciso LXVII do art. 5º.

Nessa esteira, ainda em conformidade com os ensinamentos de Varella (2019, p. 115), em que pese a Convenção Interamericana de Direitos humanos, referente ao Pacto de São José da Costa Rica, foi incorporada ao Brasil sem o rito do §3º do art. 5º da CF, então ao caso concreto seria aplicada, portanto, a tese do Ministro Gilmar Mendes quanto à conferência do *status* supralegal à esse tratado internacional de direitos humanos.

Posto isso, como o Código Civil previu novamente a possibilidade de prisão civil do depositário infiel em momento posterior ao Pacto de São José da Costa Rica, ocasionou em um debate sobre qual das referidas normas teria validade, o que foi sanado pelo voto vitorioso do Ministro Gilmar Mendes, o qual fundamentou que, ante a supremacia da CF sobre os atos normativos internacionais, a previsão do inciso LXVII do art. 5º não foi revogada pela adesão do Brasil ao tratado, todavia, passou a não ter mais aplicabilidade diante do efeito paralisante destes tratados com relação às leis infraconstitucionais, notadamente quanto ao Código Civil.

⁴ Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal (...) 7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

Assim, em que pese o *status* supralegal conferido a esse tratado internacional, a lei infraconstitucional posterior que seja conflitante também tem sua eficácia paralisada, como ocorre quanto ao artigo 652 do Código Civil que passou a prever sobre a prisão civil do depositário infiel, entendimento este que foi reiterado no julgamento do HC 90.172/SP pelo mesmo ministro.

Em suma, o Ministro Gilmar Mendes no julgamento do RE 466.343/SP conclui da seguinte maneira:

Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7o, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel.

Oportuno ressaltar, ainda, que esse caráter supralegal conferido ao Pacto de São José da Costa Rica foi reafirmado com a revogação da Súmula 619⁵ e, consequentemente, com a edição da Súmula Vinculante nº 25 do STF, segundo a qual “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.

Portanto, a atual posição predominante no Supremo Tribunal Federal, acerca da hierarquização das normas de direitos humanos decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico interno, é no sentido de que esses diplomas internacionais possuem *status* supralegal, estando, assim, abaixo da Constituição Federal, mas acima das demais leis ordinárias.

2.3 Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo foram assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, sendo que a Convenção possui 50 artigos, enquanto o seu Protocolo Facultativo possui 18 artigos.

Sendo assim, de acordo com ensinamentos de Ramos (2020, p. 297), embora até a edição da Convenção havia diplomas normativos específicos não vinculantes sobre os direitos

⁵ A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito.

das pessoas com deficiência, que compunham a denominada *soft law*, até 2006 não havia um tratado internacional universal, celebrado sob a proteção da Organização das Nações Unidas (ONU), que tratasse sobre os direitos dessas pessoas.

Segundo a ONU, estima-se que 10% da população mundial possua alguma deficiência, isto é, aproximadamente 650 milhões de pessoas. Portanto, a invisibilidade dos direitos de milhões de pessoas ao redor do mundo ante a inexistência de um tratado internacional gera assimetria na proteção, falta de políticas de apoio e, por consequência, a exclusão.

Neste sentido, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com deficiência e seu Protocolo Facultativo foram os instrumentos mais importantes para a proteção das pessoas com deficiência e, em consonância com os ensinamentos de Mazzuoli (2019, p. 213), foram os primeiros tratados internacionais de direitos humanos aprovados no Brasil de acordo com o rito decorrente da Emenda Constitucional nº 43/2004, aprovados conjuntamente pelo Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008.

Neste sentido, estes tratados foram aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, cumprindo ressaltar que esta aprovação de acordo com o quórum exigido no §3º do art. 5º da CF é o mesmo rito e quórum das emendas constitucionais.

Assim, em 1º de agosto de 2008 o instrumento de ratificação dos textos foi depositado junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas, entrando em vigor no Brasil no dia 31 de agosto de 2008, sendo que a promulgação ocorreu mediante o Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. Sendo assim, de acordo com Ramos (2020, p. 297), como foi utilizado o rito constante no §3º do artigo 5º da CF, esse tratado possui hierarquia interna equivalente ao de emenda constitucional.

Noutro giro, de acordo com Varella (2019, p. 113), trata-se de decreto legislativo com força de emenda constitucional, porém não de emenda constitucional propriamente dita, uma vez que a promulgação da Convenção sobre as Pessoas com Deficiência ocorreu com a publicação do Decreto nº 6.949, conforme anteriormente elucidado, diferentemente dos demais tratados internacionais de direitos humanos, os quais apenas entram em vigor no ordenamento jurídico interno com a promulgação através do decreto do Presidente da República.

Por derradeiro, houve grande debate no Poder Executivo sobre a necessidade do Decreto Executivo para promulgar os tratados internacionais de direitos humanos aprovados conforme o rito da Emenda Constitucional nº 45/2004, valendo o posicionamento de Cachapuz de Medeiros e de Marcelo Dias Varella neste sentido.

Ademais, com base nos ensinamentos de Ramos (2020, p. 298), oportuno expor uma observação acerca da terminologia utilizada para identificar aqueles que possuem alguma deficiência, senão vejamos:

A Constituição Federal utiliza a expressão “pessoa portadora de deficiência” (art. 7º, XXXI; art. 23, II, art. 24, XIV; art. 37, VIII; art. 203, IV; art. 203, V; art. 208, III; art. 227, § 1º, II; art. 227, § 2º; art. 244), enquanto a expressão correta a ser utilizada é “pessoa com deficiência” (*persons with disabilities*), conforme foi estabelecido pela Organização das Nações Unidas na *Standard Rules* e na Convenção da ONU de 2006, uma vez que o termo “portadora” faz alusão à possibilidade de não apresentar mais a deficiência.

Assim, ainda de acordo com o pensamento do mesmo doutrinador, em que pese a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência ter *status* normativo equivalente ao de emenda constitucional, tendo em vista que foi aprovada de acordo com o rito previsto no §3º do artigo 5º da CF, a partir de 2009 a denominação utilizada deverá ser “pessoa com deficiência” e não mais “pessoa portadora de deficiência”, conforme consta na Constituição Federal.

Ademais, o *medical model*, isto é, o modelo médico da abordagem da situação das pessoas com deficiência, tratava a deficiência como sendo um “defeito” que precisava ser curado ou tratado e, portanto, as pessoas com deficiência que deveriam se adaptar à sociedade e não o contrário, voltando a atenção do Estado apenas ao reconhecimento de que as pessoas com deficiência possuíam dificuldades de integração, a fim de que elas elaborassem estratégias capazes de atenuar as consequências que a deficiência gerava para a sua vida cotidiana.

Como consequência desse modelo de pensamento, houve a falta de atenção às práticas sociais que agravavam ainda mais a situação das pessoas que conviviam com alguma deficiência, bem como era considerada como desnecessária uma política pública de inserção das pessoas com deficiência no âmbito social, em que pese a deficiência ser vista como um “defeito pessoal”.

Noutro giro, o modelo de direitos humanos ou modelo social enxerga a pessoa com deficiência como um verdadeiro ser humano, utilizando como abordagem o “gozo dos direitos sem discriminação”, o qual desenvolve a perspectiva sobre a necessidade de haver políticas públicas que visam a inclusão das pessoas com deficiência, assegurando, portanto, a igualdade entre os seres humanos.

Neste sentido, nas palavras de Ramos:

Já o modelo de direitos humanos (ou modelo social) vê a pessoa com deficiência como ser humano, utilizando o dado médico apenas para definir suas necessidades. A principal característica desse modelo é sua abordagem de “gozo dos direitos sem discriminação”. Este princípio de antidiscriminação acarreta a reflexão sobre a necessidade de políticas públicas para que seja assegurada a igualdade material, consolidando a responsabilidade do Estado e da sociedade na eliminação das barreiras à efetiva fruição dos direitos do ser humano. Assim, não se trata mais de exigir da pessoa com deficiência que esta se adapte, mas sim de exigir, com base na dignidade humana, que a sociedade trate seus diferentes de modo a assegurar a igualdade material, eliminando as barreiras à sua plena inclusão. (RAMOS, 2020, p. 298).

Notadamente, o modelo de direitos humanos é o adotado pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, uma vez que a primeira parte do seu artigo 1º dispõe que seu propósito 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.

Já a parte final do dispositivo legal em comento estabelece que as pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Portanto, patente que a deficiência é considerada um conceito social e não mais médico, conforme tratava o primeiro modelo ora abordado, na medida em que no item “e” do próprio preâmbulo da Convenção reconhece que “[...] a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”.

Destarte, uma vez ratificada a Convenção pela Brasil, cabe a ele adotar todas as medidas necessárias para a concretização dos direitos ali reconhecidos, além do dever de retirar do ordenamento jurídico pátrio os dispositivos que constituírem a prática de

discriminação contra as pessoas com deficiência, abstendo-se, ainda, de participar de qualquer prática incompatível com o quanto previsto na Convenção e garantir que o Estado atuará em consonância com o seu texto.

3 CONCLUSÃO

Nesse diapasão, ante o quanto exposto no presente trabalho, no qual teve como enfoque a análise acerca da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro, cumpre apontar que foi analisado, primeiramente, sobre o procedimento de incorporação dos diplomas internacionais no ordenamento jurídico interno, examinando, para tanto, a Constituição Federal em seus artigos 49, I e 84, III.

Por conseguinte, abordou-se que a Constituição Federal optou por dar um tratamento diferenciado aos tratados de direitos humanos ante a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, na qual introduziu ao texto constitucional o §3º no artigo 5º, uma vez que acabou reconhecendo o *status* constitucional dos diplomas internacionais que versassem sobre esses direitos, caso forem aprovados de acordo com o quórum estabelecido no dispositivo legal ora introduzido.

Neste sentido, registra-se que tal percepção ensejou a criação de quatro teorias distintas acerca da internalização desses tratados no sistema normativo, sendo elas: a) a vertente que reconhece a natureza supraconstitucional dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos; b) o posicionamento que atribui o caráter constitucional a esses diplomas internacionais; c) a corrente que reconhece o status de lei ordinária a esse tipo de documento internacional; e por fim, d) a interpretação que atribui caráter supralegal aos tratados e convenções sobre direitos humanos.

Nessa toada, restou demonstrado que a Corte Suprema, através do julgamento do RE 466.343/SP, consolidou-se no sentido de que os Tratados de Direitos Humanos possuem natureza supralegal, estando eles acima da lei infraconstitucional, mas submetida à Supremacia da Constituição, de modo que, somente aqueles tratados que forem aprovados pelo rito especial previsto pelo §3º do art. 5º da CF, inserido pela Emenda Complementar nº 45/2004, é que são revestidos de estatura Constitucional.

No mais, cumpre apontar que ao final do presente trabalho foi analisado sobre o Decreto nº 6.949 de 25 de agosto de 2009 atinente à promulgação da Convenção Internacional

sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, bem como acerca do seu procedimento de aprovação, ressaltando, ainda, considerações acerca da importância que deve ser conferida aos direitos das pessoas com deficiência e a necessidade de haver políticas públicas que visam a inclusão dessas pessoas ao meio social.

Deste modo, após as aludidas análises tidas como necessárias, o entendimento firmado no presente trabalho é no sentido de que até o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, a vontade do legislador constituinte era a de conceder uma maior proteção aos tratados internacionais de direitos humanos, especialmente quando expõe que os direitos e garantias expressos na 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” (art. 5º, § 2º), conferindo aos direitos humanos decorrentes de tratados internacionais a hierarquia de normas constitucionais.

Não obstante o quanto previsto no §2º do art. 5º da CF, ante a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, o legislador optou por ressaltar que apenas os tratados internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados de acordo com o rito previsto no §3º do art. 5º da CF é que teriam *status* constitucional, atribuindo uma maior rigidez no que diz respeito à atribuição de hierarquia de norma constitucional a esses diplomas internacionais, em que pese o procedimento mais solene a ser observado.

Nessa perspectiva, ainda que para a atribuição do caráter constitucional seja necessário um procedimento específico, os demais tratados internacionais sobre direitos humanos anteriores à EC nº 45 ou posteriores, mas que não tenham sido aprovados de acordo com o rito previsto no §3º do art. 5º da CF, são considerados com uma hierarquia supralegal após o entendimento consolidado na Suprema Corte, isto é, conferiu a estes diplomas uma posição hierárquica superior aos demais diplomas comuns, os quais possuem *status* infraconstitucional.

Portanto, ressaltou-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal pelo reconhecimento da superioridade relativa às normas de direitos humanos, independentemente de terem sido incorporadas no ordenamento jurídico interno por meio de tratados internacionais, sendo necessária a devida importância conferida aos direitos humanos, haja vista corresponderem aos principais direitos inerentes a todos os indivíduos.

REFERÊNCIAS

CASTILHO, Ricardo. **Direitos humanos / Ricardo Castilho**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos / Valerio de Oliveira Mazzuoli**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional** – 14. ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos / André de Carvalho Ramos**. – 7 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito internacional público / Marcelo Dias Varella**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

. *Jurisprudências*

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário: RE 466.343/SP**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus: HC 90.172/SP**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/hc90172.pdf>>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus: HC 72.131/RJ**. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur97253/false>>. Acesso em: 21 de maio de 2020.

. *Legislação*

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

_____, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

. *Emenda Constitucional*

BRASIL, Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. **Altera dispositivos dos arts. 5º.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

. *Tratado Internacional*

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969). **Pacto de San José da Costa Rica.** Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

. *Decretos*

BRASIL. Decreto nº 186, de 9 de julho de 2008. **Aprova 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.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

_____. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. **Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

. *Súmulas*

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 619. **A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito. (revogada).** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1523>>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

_____, Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 25. **É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1268>>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

Submetido em 19.08.2020

Aceito em 18.03.2021