

A hierarquia legal dos tratados internacionais sobre direitos humanos

Para Patrícia Regina Pinheiro Sampaio e Carlos Affonso Pereira de Sousa (2005), para a aplicabilidade dos tratados no território nacional é necessário saber se todos os trâmites foram corretamente obedecidos, o que requer a análise das fases do processo de conclusão dos tratados, constantes da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. O Brasil assinou-a em 23 de maio de 1969, mas até o presente não logrou ratificá-la, motivo por que esta não é obrigatória para o Estado. Entretanto, o Itamaraty procura pautar suas negociações por esta Convenção, constando essa recomendação do Manual de Procedimentos — Prática Diplomática Brasileira, de 1984.

Cabe, ainda, registrar que o artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos consagra o princípio da prevalência da norma mais benéfica. Ou seja, a Convenção só se aplica se ampliar, fortalecer e aprimorar o grau de proteção de direitos, ficando vedada sua aplicação se resultar na restrição e limitação do exercício dos previstos pela ordem jurídica de um Estado-Parte ou por tratados internacionais por ele ratificados. A primazia é sempre da norma mais benéfica e protetiva aos direitos humanos, seja ela do Direito Interno ou do Direito Internacional. Este princípio há de prevalecer e orientar a interpretação e aplicação da normatividade de direitos humanos, ficando afastados princípios interpretativos tradicionais, como o princípio da norma posterior que revoga a anterior com ela incompatível, ou o princípio da norma especial que revoga a geral no que apresenta de especial. (Dinaura Godinho Pimentel Gomes, 2004).

Os tratados internacionais de direitos humanos têm como fonte um campo do Direito extremamente recente, denominado Direito Internacional dos Direitos Humanos, que é o direito pós-guerra, nascido como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos pelo nazismo. O Direito Internacional dos Direitos Humanos surge, assim, em meados do século XX, em decorrência da 2ª Guerra Mundial e seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte dessas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse (Flávia Piovesan, 1999).

Conforme Marcelo Novelino (2007), o Supremo Tribunal Federal adotava o entendimento de que todo e qualquer tratado internacional, independentemente de seu conteúdo, tinha o status de lei ordinária (CF, artigo 102, III, b).

No entanto, consolidava-se a tese defendida, no Estado brasileiro, por Antônio Augusto Cançado Trindade e da professora Flávia Piovesan, de que os tratados internacionais de Direitos Humanos teriam a mesma hierarquia das normas constitucionais, por força do disposto no parágrafo 2º artigo 5º da Carta Política de 1988.

A Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, na tentativa de por fim à controvérsia, acrescentou um terceiro parágrafo ao artigo 5º. Tal dispositivo estabelece que se o tratado ou convenção sobre direitos humanos for aprovado pelo Congresso Nacional com o mesmo procedimento previsto para as emendas, serão equivalentes a elas.

A partir de então os tratados internacionais, via de regra, possuem status de uma lei ordinária e se situam

no nível intermediário, ao lado dos atos normativos primários. Já os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, se aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Questão que merece tratamento especial diz respeito aos tratados de direitos humanos já vigentes no ordenamento pátrio anterior à Emenda Constitucional nº 45.

O professor Doutor Luiz Flávio Gomes (2009) demonstra com clareza o atual status legal desses tratados, vejamos:

No histórico julgamento do dia 3 de dezembro de 2008, preponderou no STF (Pleno) o voto do ministro Gilmar Mendes (cinco votos a quatro). Ganhou a tese da suprallegalidade dos tratados. Restou afastada a tese do ministro Celso de Mello (que reconhecia valor constitucional a tais tratados).

Os tratados de direitos que vierem a ser incorporados no Brasil podem ter valor constitucional, se seguirem o parágrafo 3º, do artigo 5º, da CF, inserido pela Emenda Constitucional 45, que diz: "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".

Os tratados já vigentes no Brasil possuem valor suprallegal: tese do ministro Gilmar Mendes (RE 466.343-SP), que foi reiterada no HC 90.172-SP, 2ª Turma, votação unânime, j. 05 de junho de 2007 e ratificada no histórico julgamento do dia 03 de dezembro de 2008.

O Direito constitucional, depois de 1988, conta com relações diferenciadas frente ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. A visão da suprallegalidade deste último encontra amparo em vários dispositivos constitucionais (CF, artigo 4º, artigo 5º, parágrafo 2º, e parágrafo 3º e 4º do mesmo artigo 5º).

A tese da constitucionalidade dos tratados emana de um consolidado entendimento doutrinário (Sylvia Steiner, A convenção americana, São Paulo: RT, 2000, Antonio Cançado Trindade, Flávia Piovesan, Valério Mazzuoli, Ada Pellegrini Grinover, Luiz Flávio Gomes etc.), que já conta com várias décadas de existência no nosso país. Em consonância com essa linha de pensamento há, inclusive, algumas decisões do STF (RE 80.004, HC 72.131 e 82.424, relator ministro Carlos Velloso), mas é certo que essa tese nunca foi (antes de 2006) majoritária na nossa Suprema Corte de Justiça. Ganhou reforço com a posição do ministro Celso de Mello (HC 87.585-TO), mas acabou sendo minoritária (no julgamento histórico do dia 03 de dezembro de 2008).

De tudo se pode inferir do julgamento do STF conclui-se o seguinte: os tratados de direitos humanos acham-se formal e hierarquicamente acima do Direito ordinário. Essa premissa (no plano formal) nos parece muito acertada.

Nesse artigo, nosso propósito é defender a seguinte tese – A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo é detentora do status de Emenda Constitucional, pelos seguintes motivos:

— foi aprovada pelo Congresso Nacional brasileiro com o quorum previsto no artigo 5º, parágrafo 3º, da Carta Política de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional 45/2004.

— a aprovação com o quorum qualificado de 3/5 (três quintos) dos votos dos membros de cada Casa do Congresso, em dois turnos, garante a tais tratados e convenções (de Direitos Humanos) o mesmo status das normas constitucionais.

— sustenta Marcelo Novelino (2008) que a Promulgação é o ato que atesta a existência da lei (lato sensu) e garante a sua executoriedade. Assim, resta claro que o Decreto Legislativo 186, de 9 de julho de 2008, publicado no Diário Oficial da União de 10 de julho de 2008, cumpriu a última fase de integração do Tratado no ordenamento jurídico nacional, ou seja a Promulgação e Publicação.

— vejamos o inteiro teor da Promulgação:

Faço saber que o Congresso Nacional aprovou, e eu, Garibaldi Alves Filho, Presidente do Senado Federal, conforme o disposto no artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal e nos termos do artigo 48, inciso XXVIII, do Regimento Interno, promulgo o seguinte

Decreto Legislativo 186, 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.

O Congresso Nacional decreta:

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

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

Artigo 2º Este Decreto Legislativo entra em vigor na data de sua publicação.

Senado Federal, em 9 de julho de 2008.

Senador Garibaldi Alves Filho
Presidente do Senado Federal

Localização dos Tratados Internacionais na pirâmide normativa

— TIDH (3/5 e 2 turnos) (CF, artigo 5.º, parágrafo 3.º) = status de Norma Constitucional

— TIDH (maioria simples) (CF, artigo 47) = status Supralegal

— Demais tratados internacionais = status de Lei Ordinária

Obs.: Nos termos do artigo 382, do Decreto 3.048, de 06 de maio de 1999 (Regulamento da Previdência Social). Os tratados, convenções e outros acordos internacionais de que Estado estrangeiro ou organismo internacional e o Brasil sejam partes, e que versem sobre matéria previdenciária, serão interpretados como lei especial

Date Created

18/09/2009