

# SÉRIE PENSANDO O DIREITO

Nº 5/2009

DIREITOS HUMANOS

ISSN 2175-5760



9 772175 576000

Esplanada dos Ministérios • Bloco T • Edifício Sede • 4º andar • sala 434  
e-mail: sal@mj.gov • CEP: 70064-900 • Brasília-DF • www.mj.gov.br/sal

Secretaria  
de Assuntos  
Legislativos

Ministério  
da Justiça



Secretaria  
de Assuntos Legislativos

Ministério  
da Justiça





# SÉRIE PENSANDO O DIREITO

Nº 5/2009 – versão publicação

Direitos Humanos  
**Convocação 01/2007**

Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro  
FND/UFRJ

## **Coordenação Acadêmica**

Vanessa Oliveira Batista  
Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues  
Thula Rafaela de Oliveira Pires

## **Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL)**

Esplanada dos Ministérios, Bloco T, Edifício Sede – 4º andar, sala 434  
CEP: 70064-900 – Brasília – DF  
[www.mj.gov.br/sal](http://www.mj.gov.br/sal)  
e-mail: [sal@mj.gov.br](mailto:sal@mj.gov.br)



Secretaria de Assuntos Legislativos  
Ministério da Justiça





# CARTA DE APRESENTAÇÃO INSTITUCIONAL

A Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL) tem por objetivo institucional a preservação da ordem jurídica, dos direitos políticos e das garantias constitucionais. Anualmente são produzidos mais de 500 pareceres sobre os mais diversos temas jurídicos, que instruem a elaboração de novos textos normativos, a posição do governo no Congresso, bem como a sanção ou veto presidencial.

Em função da abrangência e complexidade dos temas analisados, a SAL formalizou, em maio de 2007, um acordo de colaboração técnico-internacional (BRA/07/004) com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), que resultou na estruturação do **Projeto Pensando o Direito**.

Em princípio os objetivos do *Projeto Pensando o Direito* eram a qualificação técnico-jurídica do trabalho desenvolvido pela SAL na análise e elaboração de propostas legislativas e a aproximação e o fortalecimento do diálogo da Secretaria com a academia, mediante o estabelecimento de canais perenes de comunicação e colaboração mútua com inúmeras instituições de ensino públicas e privadas para a realização de pesquisas em diversas áreas temáticas.

Todavia, o que inicialmente representou um esforço institucional para qualificar o trabalho da Secretaria, acabou se tornando um instrumento de modificação da visão sobre o papel da academia no processo democrático brasileiro.

Tradicionalmente, a pesquisa jurídica no Brasil dedica-se ao estudo do direito positivo, declinando da análise do processo legislativo. Os artigos, pesquisas e livros publicados na área do direito costumam olhar para a lei como algo pronto, dado, desconsiderando o seu processo de formação. Essa cultura demonstra uma falta de reconhecimento do Parlamento como instância legítima para o debate jurídico e transfere para o momento no qual a norma é analisada pelo Judiciário todo o debate público sobre a formação legislativa.

Desse modo, além de promover a execução de pesquisas nos mais variados temas, o principal papel hoje do Projeto Pensando o Direito é incentivar a academia a olhar para o processo legislativo, considerá-lo um objeto de estudo importante, de modo a produzir conhecimento que possa ser usado para influenciar as decisões do Congresso, democratizando por consequência o debate feito no parlamento brasileiro.

Este caderno integra o conjunto de publicações da *Série Projeto Pensando o Direito* e apresenta a versão resumida da pesquisa denominada **A Emenda Constitucional nº 45/2004 e a Constitucionalização dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Brasil**, conduzida pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Dessa forma, a SAL cumpre seu dever de compartilhar com a sociedade brasileira os resultados das pesquisas produzidas pelas instituições parceiras do *Projeto Pensando o Direito*.

**Pedro Vieira Abramovay**

Secretário de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça



# CARTA DE APRESENTAÇÃO DA PESQUISA

O objetivo geral da pesquisa, indicado pelo Ministério da Justiça no Projeto “Pensando o Direito” (Edital BRA/07/004), levou o Grupo de Pesquisa em Direitos Humanos da Universidade Federal do Rio de Janeiro (Faculdade Nacional de Direito/FND) a trabalhar na construção de uma proposta de regulamentação jurídica que atendesse ao ditame da Emenda n.º45/2004, destinado a fortalecer os direitos fundamentais no âmbito interno.

A investigação levada a cabo pelos proponentes entre agosto de 2007 e março de 2008, abrangeu as áreas de Direito Constitucional, Direito Internacional Público, Direito Comparado, Processo Legislativo e Teoria dos Direitos Humanos.

A fim de obter êxito nesta empreitada, os participantes da pesquisa fizeram análise de textos constitucionais estrangeiros, da legislação brasileira compreendida nos tratados internacionais de direitos humanos, dos tratados de direitos humanos existentes no sistema universal e no sistema regional, bem como a jurisprudência – nacional e da Corte Interamericana de Direitos Humanos – atualizada sobre o tema abordado.

Foram promovidos seminários externos e reuniões internas com a finalidade de discutir e avaliar as opções teóricas disponíveis para se alcançar marcos teóricos adequados. Estas iniciativas resultaram, naturalmente, em novas reflexões e amadurecimento sobre o tema da pesquisa. Isto se deu em face dos dados obtidos e do diálogo com outros docentes da área, como o professor espanhol Joaquín Herrera Flores, Universidad Pablo de Olavide, Espanha, autor de uma das teorias que serviu de marco teórico para a investigação, e docentes de outras instituições de ensino superior do país (UNIRIO, Unibrasil, Faculdade de Direito de Campos).

Em outro momento debatemos, em evento realizado pelo Grupo de Pesquisa em Direitos Humanos, com a então Alta Comissária de Direitos Humanos das Nações Unidas, Louise Arbour, que, de passagem pelo Brasil, nos brindou com uma palestra sobre o problema da efetivação dos tratados internacionais de direitos humanos em países em desenvolvimento. Nessa oportunidade, convidamos o Presidente, à época, da Comissão de Direitos Humanos da Assembléia Legislativa do Rio de Janeiro, Deputado estadual Alessandro Molon, para contribuir para as discussões, travadas com professores de outras instituições do Estado (Universidade Federal Fluminense, Universidade Estadual do Rio de Janeiro e PUC-Rio).

A fim de discutir as propostas em construção pelo Grupo de Pesquisa com o Poder Público, foram realizadas diversas reuniões com representantes do **Poder Legislativo** (Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados; lideranças partidárias; assessores da Comissão de Direitos Humanos e da Comissão de Relações Exteriores do Senado Federal); com representantes do **Poder Judiciário** (Supremo Tribunal Federal;

Conselho Nacional de Justiça), do **Ministério Público Federal** (Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão da Procuradoria Geral da República); e do **Poder Executivo** (Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República; Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça; Núcleo de Assuntos Estratégicos da Secretaria Especial de Ações de Longo Prazo da Presidência da República); e com representantes de Organizações Não Governamentais dedicadas à defesa e efetivação de direitos humanos (IDDDH/Comitê Brasileiro de Direitos Humanos e Política Externa; Comunidade Bahá'í do Brasil/Comitê Brasileiro de Direitos Humanos e Política Externa; Movimento Nacional de Direitos Humanos; Conectas).

O resultado final da pesquisa foi apresentado e amplamente debatido no Congresso Nacional, a convite da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados. Este evento contou com a presença do Ministro da Corte Suprema Argentina, Professor Raúl Zaffaroni, que veio expor acerca da situação da recepção dos tratados internacionais de direitos humanos em seu país, modelo que nos pareceu bastante adequado e com resultados muito positivos em termos de efetivação. Cientes da polêmica em torno do assunto suscitado pela Emenda 45/2004, convidamos para aquele debate estudiosos cuja posição sobre a solução do problema apresentado é distinta da postulada pelo grupo, como a professora Flávia Piovesan e o professor Oscar Vilhena, ambos da PUC de São Paulo.

A partir da investigação empreendida, o grupo construiu conceitos próprios de direitos humanos e de tratados internacionais de direitos humanos, que serviram de referência para as propostas legislativas que apresenta ao final, acompanhadas das respectivas justificativas. Foram elaboradas uma Proposta de Emenda à Constituição e propostas de alteração nos Regimentos do Senado e da Câmara dos Deputados.

A experiência de transpor a reflexão acadêmica para o debate com a sociedade e com o Poder Público, a fim de contribuir para a efetivação dos direitos foi extremamente estimulante, tanto para docentes quanto para discentes envolvidos na pesquisa. O melhor dessa experiência foi poder “testar” as teorias desenvolvidas e detectar, efetivamente, o que pode ou não ser implementado, por meio da discussão científica e do diálogo, numa verdadeira prática da cidadania, tal como se espera que seja o papel desempenhado pela Universidade.

Esperamos, com a divulgação do nosso trabalho para a comunidade científica, estar contribuindo para esclarecer questões fundamentais para o desenvolvimento da sociedade brasileira, bem como acreditamos estar colaborando e intervindo no debate institucional acerca do tema dos direitos humanos.

Rio de Janeiro, setembro de 2009.

**Vanessa Oliveira Batista**  
Coordenadora Acadêmica

# SUMÁRIO

## 1. INTRODUÇÃO .... 11

## 2. DESENVOLVIMENTO .... 13

2.1 Enquadramento teórico do tema da pesquisa .... 13

2.1.1 Conceito de Direitos Humanos .... 13

2.1.2 Elaboração e incorporação dos tratados internacionais no direito interno brasileiro .... 15

2.1.3 A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos no Brasil .... 19

2.2 Análise dos tratados internacionais de direitos humanos em face da Emenda 45/2004 .... 20

## 3. CONCLUSÃO .... 31

### ANEXO I – PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 .... 39

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO N.º ....., DE .... 39

Justificativa .... 40

### ANEXO II – PROPOSTAS DE MODIFICAÇÃO DOS REGULAMENTOS PROCEDIMENTAIS .... 43

PROPOSTA DE RESOLUÇÃO N.º , DE .... 43

Justificativa .... 45

PROPOSTA DE RESOLUÇÃO N.º , DE 2008 .... 49

Justificativa .... 52

## REFERÊNCIAS .... 55





Esta pesquisa reflete as opiniões dos seus autores e não do Ministério da Justiça

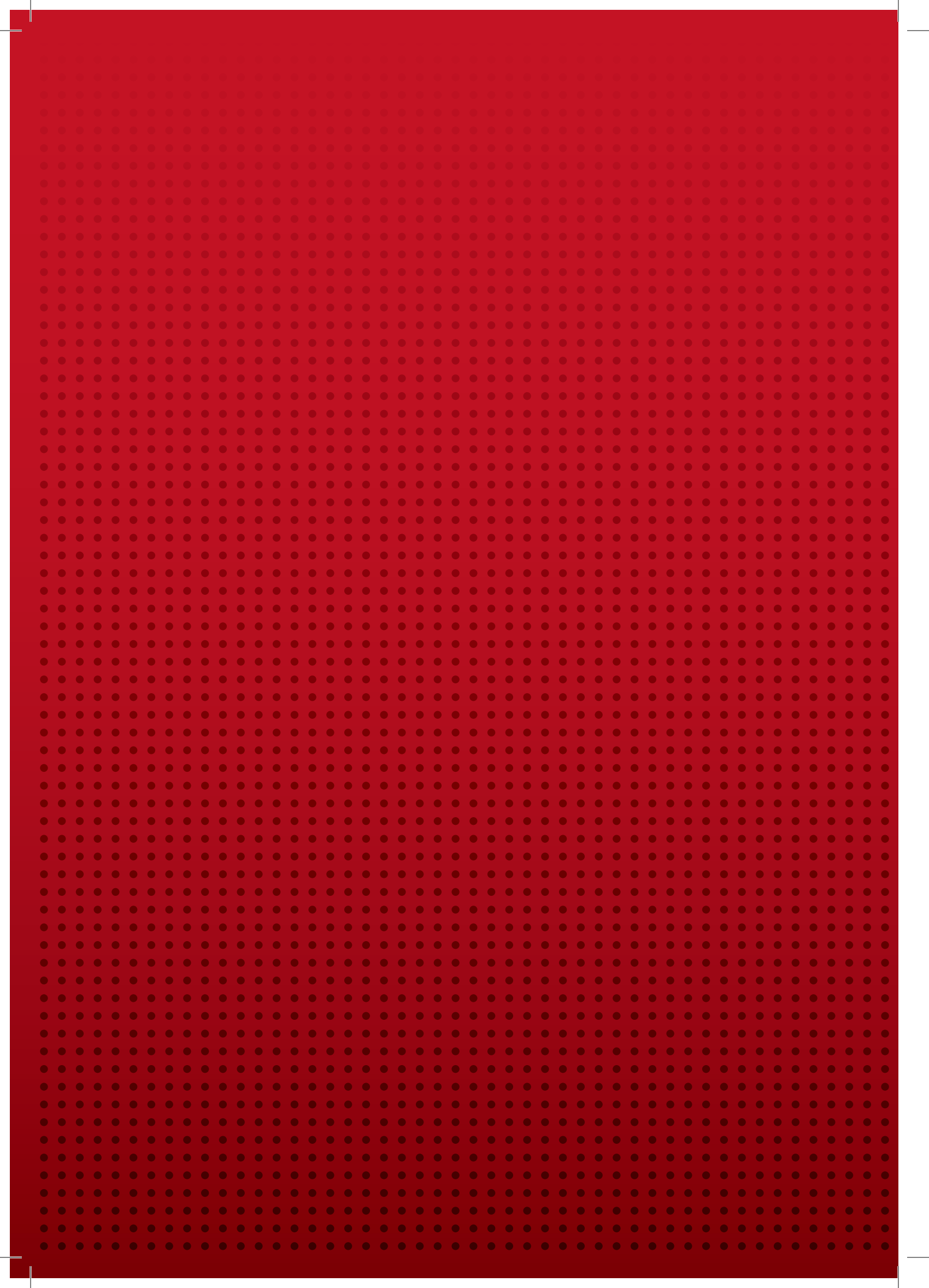
**PROJETO PENSANDO O DIREITO**

Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro FND/UFRJ

**A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004 E A  
CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS  
DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL**

Vanessa Oliveira Batista, Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues

Thula Rafaela de Oliveira Pires



# 1. INTRODUÇÃO

O Projeto “Pensando o Direito”, lançado pelo Ministério da Justiça conforme Edital do Projeto BRA/07/004, levou o Grupo de Pesquisa em Direitos Humanos da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro a trabalhar na construção de uma proposta de regulamentação jurídica da constitucionalização dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, em atendimento ao ditame da Emenda nº 45/2004, e, portanto, destinado a consagrar a intenção do Constituinte derivado de fortalecer os direitos fundamentais no âmbito interno.

A investigação levada a cabo pelos proponentes abrangeu as áreas de Direito Constitucional, Direito Internacional Público, Direito Comparado, Processo Legislativo e Teoria dos Direitos Humanos.

A pesquisa partiu da análise de textos constitucionais estrangeiros, da legislação brasileira compreendida nos tratados internacionais de direitos humanos, dos tratados de direitos humanos existentes no sistema universal e no sistema regional, bem como a jurisprudência – nacional e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Como resultado da pesquisa, destacam-se: a) a formulação, a partir de um estudo analítico, de um referencial teórico-prático que servisse de guia para a articulação de medidas jurídicas adequadas ao cumprimento da Emenda n.º45/2004, definindo direitos humanos e tratados internacionais; b) a avaliação do acervo de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, antes e depois da Emenda n.º45/2004, a fim de estabelecer prioridades de constitucionalização; c) o desenvolvimento de modelos jurídicos capazes de auxiliar na imediata implementação da Emenda n.º45/2004; e d) a elaboração de *propostas legislativas*, a fim de subsidiar a proteção efetiva dos direitos fundamentais.

Metodologicamente, trata-se de uma **pesquisa aplicada**, cujo objetivo é o de gerar conhecimentos para aplicação prática dirigida à solução de problemas específicos. Aplicada, ainda, por envolver verdades e interesses locais, mais especificamente a interpretação constitucionalmente adequada que deve conduzir a aplicação da Emenda n.º 45/2004. É, ainda, uma **pesquisa qualitativa**, por lidar com a interpretação dos fenômenos (não constitucionalização dos tratados, número e conteúdo dos tratados em vigor no país antes e depois da Emenda n.º 45/2004) e a atribuição de significados no processo de pesquisa. Não foram utilizados, no entanto, métodos e técnicas estatísticas. Pode ser qualificada também como **pesquisa descritiva** por denotar a tendência a analisar os dados indutivamente. O processo de conhecimento, necessário para a construção de conceitos e marcos teóricos adequados, foi o principal foco de abordagem.

Outro sentido metodológico foi o emprego da **pesquisa explicativa**, pois se buscou identificar os fatores determinantes ou contributivos para a dificuldade da aplicação da

Emenda n.º 45/2004 (*ex post facto*) e, a partir daí é que, sistematicamente, tratou-se de elaborar as propostas para a eliminação do problema.

O *embasamento teórico* residiu na adoção de marco referencial constitucionalmente adequado e pertinente ao Estado Democrático de Direito delineado na Constituição Federal de 1988, o que orientou o grupo de pesquisa no estabelecimento de premissas, constituindo-se na fundamentação da interpretação exposta. Nesse sentido, foi fundamental a revisão bibliográfica, no sentido de corrigir eventuais desvios de percurso.

Todo esse processo investigativo, por conseguinte, conduziu ao estabelecimento de propostas concretas no campo jurídico-normativo para equacionar os eventuais problemas detectados de implementação da Emenda n.º 45/2004 e o detalhamento de tais medidas.

Ao longo da investigação, trabalhou-se com a constante divergência entre juristas e magistrados brasileiros acerca da aplicação da Emenda n.º 45/2004. Alguns apontam para a constitucionalização automática, e outros para a necessidade de se submeter os tratados anteriores à Emenda ao processo legislativo previsto para as emendas constitucionais de forma geral. Os primeiros se baseiam no instituto da recepção constitucional e ao texto do artigo 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988; e os últimos à questão da hierarquia normativa dos tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro. O próprio Supremo Tribunal Federal não tem posição clara ou homogênea sobre o tema, podendo ser detectado um dualismo moderado em relação à recepção de tratados internacionais pelos tribunais brasileiros.

Ao partir da premissa de que os tratados internacionais de direitos humanos são, antes de tudo, tratados internacionais, foram analisadas sistemática e cuidadosamente todas as posições, a fim de corroborar o esforço do Constituinte derivado para fortalecer o arcabouço dos direitos fundamentais no país, mas sem esbarrar na inconstitucionalidade, que eivaria de vício formal a recepção atabalhoada da normativa internacional.

## 2. DESENVOLVIMENTO

### 2.1 Enquadramento teórico do tema da pesquisa

A partir das influências de Joaquín Herrera Flores e Boaventura de Sousa Santos, pudemos chegar a um conceito de direitos humanos histórico, contextual, crítico e intercultural capaz, portanto, de proteger a pessoa humana em todas as suas dimensões. A partir de então e depois de estabelecer as diversas implicações que o termo “tratado” traz na doutrina internacional, foi elaborada uma concepção de *tratados internacionais de direitos humanos*, que servisse de parâmetro para a análise.

#### 2.1.1 Conceito de Direitos Humanos

Joaquín Herrera Flores defende um enfoque cultural dos direitos humanos, a partir do que ele chama de perspectiva *impura*. O acordo básico para tratar de uma metodologia de direitos humanos seria negá-los como instâncias imanentes, puras, naturais, atribuídas por entes espirituais ou como direitos provenientes de características inatas dos seres humanos<sup>1</sup>. A perspectiva é impura, portanto, no sentido de que os direitos humanos só podem ser bem compreendidos se integrados aos seguintes elementos: 1º) a história; 2º) o contexto (social, econômico, político) em que eles estão incluídos; e 3º) a crítica.

Sua historicidade se caracteriza pelo fato dos direitos humanos serem produtos culturais que surgem em um contexto histórico, social, econômico muito complexo e que, portanto, não são de origem transcendental. Além disso, são direitos extremamente vinculados ao contexto ao qual se dirigem. Herrera Flores aponta que o surgimento da prática de acumulação de capitais no século XVI necessitou de uma nova fundamentação filosófica e ideológica, e os direitos humanos “surgiram” paralelamente à consolidação dessa nova forma de produção. Segundo o pensador espanhol, não podemos entender os direitos humanos se não avaliarmos o seu contexto, cujo marco é a acumulação de capitais. A compreensão dos direitos humanos dentro de seu contexto é uma questão de honestidade intelectual, uma postura corajosa, franca e transparente no sentido de situar os direitos e sua negação a partir de suas causas<sup>2</sup>. O esforço de crítica, por definição, pretende fornecer o critério a uma situação de crise. E os direitos humanos são algo que estão em crise no

---

<sup>1</sup> PRONER, Caroline, *Direitos Humanos e Constituição, palestra proferida no I Colóquio Internacional do Grupo de Pesquisa em Direito Público na Faculdade Nacional de Direito/UFRJ, em 29 de Outubro de 2007.*

<sup>2</sup> *Idem.*

mundo, principalmente depois de muitas guerras em seu nome. Então, é preciso criar parâmetros para abordar essa tensão de um modo positivo, construtivo.

É necessário que se utilize a força libertadora e contra-hegemônica dos direitos humanos porque, como bem alerta Sousa Santos, “a linha tênue entre emancipação e regulação oscila de acordo com a ambigüidade das parcerias, que, por razões táticas, podem combinar as iniciativas *emancipatórias da luta com instrumentos de regulação social*”<sup>3</sup>. Yash Ghai sugere que os direitos humanos sejam usados para desafiar a noção de universalidade dos valores ocidentais, promovendo outros valores a partir de argumentos sobre o relativismo cultural para demonstrar a *especificidade cultural dos direitos humanos*<sup>4</sup>.

Segundo Herrera Flores:

Os direitos humanos não são unicamente declarações textuais. Tampouco, são produtos unívocos de uma cultura determinada. Os direitos humanos são os meios discursivos, expressivos e normativos que propiciam a inclusão dos seres humanos no circuito de reprodução e de manutenção da vida, permitindo-nos abrir espaços de luta e de reivindicação. São processos dinâmicos que permitem a abertura e posterior consolidação e garantia de espaços de luta para a particular manifestação da dignidade humana.<sup>5</sup>

Essa *concepção de direitos humanos como fim* permite por em prática o que o autor chama de racionalidade de resistência, algo que nos leva a um universalismo de contrastes, de entrecruzamentos. Sousa Santos defende que enquanto os direitos humanos forem concebidos como universais, eles tenderão a operar como forma de globalização hegemônica. Para que operem como globalização contra-hegemônica, devem ser reconceitualizados como multiculturais<sup>6</sup>.

Herrera Flores vai além, propondo um *universalismo impuro* que pretende não a superposição, mas a inter-relação. Uma proposta que não é universalista nem multicultural, mas *intercultural*: “uma prática criadora e recriadora de mundos que esteja atenta às conexões entre as coisas e as formas de vida, que não nos privem dos ‘outros ecos que habitam o jardim’”<sup>7</sup>.

Para operacionalizar essa abordagem dos direitos humanos, pode-se utilizar da *hermenêutica diatópica* de Boaventura de Sousa Santos<sup>8</sup>. No diálogo intercultural, a troca

---

3 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 565.

4 GHAI, Yash. “Globalização, multiculturalismo e direito”. In SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 563.

5 FLORES, Joaquín Herrera. “Derechos Humanos, Interculturalidad y Racionalidad de Resistência”. In DIKAIOSYNE n° 12. *Revista de filosofía práctica*. Universidad de Los Andes. Mérida, Venezuela. Junio de 2004. p.54.

6 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 438.

7 FLORES, Joaquín Herrera. “Derechos Humanos, Interculturalidad y Racionalidad de Resistência”. In DIKAIOSYN, n° 12. *Revista de filosofía práctica*. Universidad de Los Andes. Mérida, Venezuela. Junio de 2004. p.52.

8 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, pp. 443-451.

se dá entre universos de sentido diferentes e, por vezes, incomensuráveis. Estes universos de sentidos consistem em constelações de *topoi* [1] fortes. Compreender determinada cultura a partir dos *topoi* de outra é uma tarefa bastante complicada. Para enfrentar essas dificuldades, a hermenêutica diatópica se baseia na idéia de que os *topoi* de uma dada cultura, por mais fortes que sejam, são tão incompletos quanto a própria cultura a que pertencem.

Tal incompletude não é visível do interior dessa cultura, uma vez que a aspiração à totalidade induz a que se tome a parte pelo todo. O objetivo da hermenêutica diatópica não é, porém, atingir a completude - um objetivo inatingível - mas, pelo contrário, ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura e outro, noutra<sup>9</sup>. O reconhecimento das incompletudes múltiplas é fundamental para um diálogo intercultural, que exige um diferente processo de criação do conhecimento, que sai do conhecimento-regulação para o conhecimento-emancipação. Postula a produção de conhecimento “coletiva, participativa, interativa, intersubjetiva e reticular,[...] baseada em trocas cognitivas e afetivas que avançam por intermédio do aprofundamento da reciprocidade entre elas”<sup>10</sup>.

Este trabalho acolhe o *conceito dos direitos humanos como o conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, buscam concretizar as exigências da dignidade, da liberdade, da igualdade, da fraternidade e da solidariedade humanas*. Estas devem ser reconhecidas positivamente em todos os níveis, sendo que tais direitos guardam relação com os documentos de direito internacional, por se referirem àquelas posições jurídicas endereçadas à pessoa humana como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional. Assim, os direitos humanos são válidos para todos os povos e tempos, de modo a demonstrar um inequívoco caráter cosmopolita.

### **2.1.2 Elaboração e incorporação dos tratados internacionais no direito interno brasileiro**

O ato de internalização de tratados internacionais é tido como um procedimento legislativo especial e complexo por demandar que os Poderes Executivo e Legislativo se manifestem em diferentes momentos. O primeiro deles, a assinatura, é realizada pelo Chefe do Executivo Federal. Em razão do que consta no artigo 49, I, da Constituição Federal de 1988, entende-se que a mera assinatura do tratado não é suficiente para criar vínculo obrigacional (interno ou internacional), sendo indispensável a apreciação do instrumento pelo Congresso Nacional [2]. A segunda fase, por sua vez, ocorre com a aprovação de um decreto legislativo pelo

---

<sup>9</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 444.

<sup>10</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 451.



Congresso Nacional sobre o texto do documento internacional. No terceiro momento, cabe ao Presidente da República promover a sua ratificação, com a elaboração de um decreto presidencial. Por fim, ocorre a sua promulgação e publicação.

De acordo com o artigo 84, inciso VIII, a assinatura de tratados internacionais [3] é de competência do Chefe do Poder Executivo da União, ao exercer as funções de Chefe de Estado. Cabe ao Presidente da República analisar, através de estudos e pareceres sobre as possíveis conseqüências jurídicas advindas do tratado, a conveniência e a oportunidade de assumir perante a comunidade internacional o compromisso diante desse ato. Depois de assinar o tratado, o Presidente envia ao Congresso Nacional uma Mensagem acompanhada de Exposição de Motivos do Ministro das Relações Exteriores e do texto do ato internacional para que possa ser analisado pela Câmara e Senado Federal, via decreto legislativo.

Por se tratar de uma espécie normativa de iniciativa do Chefe do Executivo, sua tramitação se inicia na Câmara dos Deputados, com a leitura da Mensagem presidencial em plenário. Tradicionalmente analisam o documento duas Comissões Permanentes da Casa: a Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional e a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Após a leitura da Mensagem pelo Presidente da Câmara, é formalizado um processo autônomo encaminhado para análise da primeira Comissão, no qual é nomeado um relator que coordena a apreciação do relatório e do parecer que propõe o projeto de decreto legislativo sobre o texto do tratado. Após a aprovação na Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional, o projeto de decreto legislativo segue para exame na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, submetendo-se a nova discussão e votação, tendo sua decisão nesse caso, caráter terminativo.

Após a análise das Comissões, o projeto de decreto legislativo segue para discussão e votação em *um único turno no Plenário* da Câmara. Caso não seja alcançada a maioria de votos, encerra-se a possibilidade de internalização do tratado. Uma vez aprovado, o projeto de decreto legislativo é encaminhado ao Senado, onde passa por um processo análogo ao da Câmara. Em um único turno de discussão e votação, será aprovado o projeto de decreto por maioria simples, presentes a maioria absoluta dos Senadores e levado para promulgação e publicação pelo Presidente do Senado, na qualidade de Presidente do Congresso Nacional.

A análise do conteúdo do ato internacional é fundamental para submetê-lo à aprovação legislativa. Esta participação do Legislativo se sustenta no princípio democrático, sendo-lhe, porém, vedado interferir nos estágios de negociação e assinatura dos atos internacionais. Na prática, os concertos são atos executivos e sem contestação do Legislativo quanto à sua conclusão, promulgação e publicação, sendo que a participação do Congresso Nacional se limita à aprovação ou rejeição do texto no curso do processo legislativo.

A doutrina diverge quanto à possibilidade de oposição de *emendas ou reservas*[4] pelas Casas do Congresso Nacional. De acordo com Estevão de Rezende Martins, com o objetivo de promover algum reajuste redacional, podem ser apresentadas emendas ao projeto de

decreto legislativo no Senado. Em se tratando de correção formal, não atingindo o conteúdo do projeto, o entendimento é que não há necessidade de que este retorne à Câmara. Já havendo mudança de mérito, o reexame pela Câmara é necessário. Não concordamos com essa posição e no mesmo sentido, Celso D. de Albuquerque Mello, citando Pontes de Miranda, nega a possibilidade de apresentação de emendas pelo Congresso Nacional:

A emenda apresentada pelo Congresso é uma interferência indevida nos assuntos do Executivo, uma vez que só a ele competem negociações no domínio internacional, e a emenda nada mais é do que uma forma indireta pela qual o Legislativo se imiscui na negociação.<sup>11</sup>

Sustenta Silvia Loureiro a impossibilidade de apresentação de “emendas de mérito”:

Diante da divisão de competências para a celebração de tratados internacionais, sustenta-se que a apreciação pelo Congresso Nacional deve ser feita nos exatos termos da mensagem presidencial e do texto do instrumento internacional, quer para aprová-lo, quer para rejeitá-lo em sua integralidade, de modo que a apresentação de ‘emendas’ deve ser interpretada como rejeição do ato internacional e, conseqüentemente, reinicia-se a fase de negociações pelo Poder Executivo.<sup>12</sup>

No tocante às reservas, de acordo com Celso D. de Albuquerque Mello “a apresentação de reservas é um ato do Poder Executivo”<sup>13</sup>. Isto porque ao Presidente da República compete decidir e orientar a política externa, expressando diante da comunidade internacional as intenções e atitudes do Estado brasileiro [5], ou seja, essa atribuição constitucional privativa do Chefe do Executivo federal independe de autorização ou referendo do Congresso Nacional, ao qual cabe simplesmente apreciar os tratados internacionais antes que sejam definitivamente ratificados pelo Presidente. Em relação especificamente aos tratados internacionais de direitos humanos, esses devem ser necessariamente incorporados de forma integral, não sendo possível a apresentação de reservas nem mesmo pelo Executivo.[6]

Em 31 de agosto de 1994, a Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados aprovou, por unanimidade, parecer do deputado José Thomaz Nonô, sobre consulta formulada pela Presidência da Casa, a respeito da “possibilidade de o Congresso Nacional, na sua competência de referendar tratados internacionais celebrados pelo Presidente da República, fazê-lo parcialmente”. A consulta decorreu das reservas sugeridas pelas Comissões de Relações Exteriores e de Constituição e Justiça e de Redação aos artigos 25 e 66 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

---

<sup>11</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*, 10 ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p. 200.

<sup>12</sup> LOUREIRO, Silvia. *Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos na Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 99.

<sup>13</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*, 10 ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p. 240, nota 59.

No referido parecer, argumentou-se que “se ao Congresso é conferido o direito-dever de aprovar ou rejeitar, in toto, o texto internacional pactuado pelo Executivo, torna-se perfeitamente aceitável a tese de que ele, Congresso, detém o poder de aprová-lo com restrições: *Qui potest maius potest minus*.”. A conclusão do deputado foi endossada pela Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados. Nela consolidou-se o entendimento do Poder Legislativo de que o Congresso pode aprovar, ainda que parcialmente, tratado, acordo, convenção ou qualquer outro compromisso internacional, sobre o qual deva se pronunciar.

Antonio Cachapuz de Medeiros, analisando o posicionamento acima descrito, atenta para o fato de que os legisladores brasileiros devem considerar que a Constituição Federal de 1988 reservou ao Legislativo a resolução conclusiva dos tratados internacionais. A oposição de emendas aos textos já negociados com potências estrangeiras pelo Presidente da República faz com que os ajustes fiquem dependentes de novos acordos. O Congresso não estaria, assim, cumprindo seu dever de “*resolver definitivamente*” sobre os tratados celebrados pelo Presidente da República.

Continua o autor afirmando que:

aceitar que o Congresso faça emendas a tratados já concluídos implicaria, por outro lado, em transferir ao Legislativo o poder de negociação e de feitura dos textos convencionais, reservado pela Constituição ao Presidente da República. O mesmo pode-se dizer da possibilidade do Congresso suprimir reservas efetuadas pelo Executivo no momento da assinatura. Constitui, igualmente, ingerência em área conferida pela Lei Maior ao Presidente da República.<sup>14</sup>

No Direito Comparado, observa-se que países com tradição jurídica romano-germânica, como o Brasil, não admitem a introdução de emendas pelo Legislativo aos tratados negociados pelo Executivo. São os casos, dentre outros, da Argentina, do Chile, do Paraguai, do Uruguai, da França e da Espanha. Pelo exposto, defende-se que os referidos tratados de direitos humanos não podem ser objeto de emendas ou reservas.

Após a aprovação pelo Congresso Nacional, cabe ao Presidente da República decidir, discricionariamente, sobre a oportunidade e conveniência da confirmação, em definitivo, do Estado brasileiro como parte daquele tratado internacional. A ratificação ocorre quando o Brasil confirma o texto original do tratado. Se este for *bilateral*, ratifica-se pela via de troca de notas; se *plurilateral*, pelo depósito do instrumento de ratificação perante a organização internacional que tenha patrocinado a elaboração do acordo. Nos pactos *bilaterais*, não cabem reservas [7], pois estas consubstanciariam um novo tratado; nos *multilaterais*, salvo regra expressa em seu próprio texto, o Presidente da República pode apor reservas, para as quais se requer apenas a ciência (não a anuência) das outras partes. Outra possibilidade é a adesão que ocorre quando o Brasil, sem ter firmado um tratado,

---

<sup>14</sup> MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz. *Atualização do direito dos tratados*. Disponível em: <http://eca.oab.org.br/anexos/1154543213202701520251.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2008

quer, posteriormente, ser parte dele. Os efeitos internacionais da adesão equivalem aos da ratificação.<sup>15</sup> Decidindo-se pela adesão, o instrumento é depositado na Secretaria do organismo internacional correspondente. O ato internacional entra em vigor na data do depósito do seu instrumento de ratificação ou adesão.[8]

A promulgação e a publicação do decreto presidencial têm o escopo de dar publicidade interna. O referido decreto divulga o texto integral do tratado e a data do início de sua vigência no território nacional. O ato de promulgação por decreto presidencial dos tratados internacionais configura exemplo de costume internacional, eis que não há previsão expressa na Constituição Federal de 1988.

O procedimento legislativo descrito acima era o utilizado para qualquer tratado internacional até o advento da Emenda Constitucional 45/2004. Com a introdução do § 3º no artigo 5º da Constituição, pretendeu o Constituinte Reformador criar um outro procedimento para internalização de tratados internacionais de direitos humanos. O texto constitucional determina que estes devem ser aprovados em dois turnos, em cada casa, pelo quorum qualificado de três quintos dos votos em cada votação para que possam ter *status* de emendas constitucionais.

### **2.1.3 A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos no Brasil**

A incorporação da normativa internacional de proteção no direito interno dos Estados constitui prioridade em nossos dias: é da ação e aperfeiçoamento de medidas *nacionais* de implementação que depende, em grande parte, o futuro da própria proteção *internacional* dos direitos humanos. Ambos constituem um todo harmônico, apontam na mesma direção, formando um *ordenamento jurídico de proteção*.

Nas últimas décadas, a operação regular dos tratados e instrumentos internacionais de direitos humanos tem demonstrado que podem beneficiar os indivíduos. Esses instrumentos, ao criarem obrigações para os Estados quanto aos seres humanos sob sua jurisdição, têm normas que se aplicam não só na ação conjunta dos Estados Partes na realização do propósito comum de proteção, mas também são aplicáveis no ordenamento jurídico interno de cada um deles, nas relações entre o poder público e os indivíduos.

Diversas constituições contemporâneas, referindo-se expressamente aos tratados de direitos humanos, concedem um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno. No caso da Constituição Brasileira de 1988, o artigo 5º, § 3º, modificado pela Emenda nº 45/2004, atribui aos tratados internacionais de direitos humanos *status*

---

<sup>15</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Reforma do Judiciário: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 121.

de norma constitucional, desde que aprovados pelo mesmo procedimento adotado para as emendas à Constituição, o que demonstra claramente a intenção do Poder Constituinte derivado de *qualificar* as normas relativas aos direitos.

Os tratados de direitos humanos indicam vias de compatibilização dos dispositivos convencionais com os mecanismos do direito interno, de modo a prevenir conflitos entre as jurisdições internacional e nacional. Eles impõem aos Estados Partes o dever de provimento de recursos de direito interno eficazes e, por vezes, a possibilidade de “recurso judicial”. Além de preverem a adoção pelos Estados Partes de medidas legislativas, judiciais, administrativas ou outras para a realização de seu objeto e propósito. Enfim, contam com o concurso dos órgãos e procedimentos de direito público interno, promovendo uma interpenetração nos dois âmbitos de direito.

Os órgãos internos dos Estados são chamados a aplicar as normas internacionais. Este é o traço distintivo dos tratados de direitos humanos, dotados de especificidade própria, e que requerem uma interpretação adequada, guiada pelos valores comuns superiores que abrigam, diferentemente dos tratados clássicos que se limitavam a regular a atuação entre as partes.

Nesse sistema integrado, os atos internos dos Estados estão sujeitos à supervisão dos órgãos internacionais de proteção quando, no exame de casos concretos, verificam sua conformidade com as obrigações contraídas internacionalmente. As normas internacionais que consagram e definem claramente um direito individual, passível de vindicação ante um tribunal ou juiz nacional, são diretamente aplicáveis. Além disso, os próprios tratados de direitos humanos significativamente consagram o critério da primazia da norma mais favorável às vítimas, seja ela de direito internacional ou de direito interno.

As obrigações internacionais de proteção têm amplo alcance e vinculam diretamente os poderes do Estado, além de comportarem o dever de se adequar o direito interno às normas convencionais de proteção. O descumprimento dessas obrigações leva à responsabilização internacional Estado, por atos ou omissões, seja do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário.[9]

## **2.2 ANÁLISE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS EM FACE DA EMENDA 45/2004**

A proposta apresentada ao Ministério da Justiça/Secretaria de Assuntos Legislativos de se fazer o levantamento dos tratados internacionais de direitos humanos foi orientada por uma lista enviada pela Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH) da Presidência da República. A análise de prioridades se deu pelo critério conceitual, a partir do marco teórico escolhido para se definir o que são tratados de direitos humanos.

Nesta pesquisa foi construído o seguinte conceito de *tratados de direitos humanos*: *atos internacionais que reconhecem positivamente um conjunto de faculdades e instituições que,*

*em cada momento histórico, buscam concretizar as exigências da dignidade, da liberdade, da igualdade, da fraternidade e da solidariedade em todos os níveis, protegendo a pessoa humana, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional e carregado de um inequívoco caráter cosmopolita.*

A partir dessa definição, foi feito um recorte metodológico necessário na referida lista da SEDH, que segue a conceituação de direitos humanos em sentido *lato*, e inclui em seu rol tratados do sistema universal, regional, humanitário, e de direito dos refugiados. Efetivamente, como descreve Cançado Trindade, percebe-se, atualmente, nos planos normativo, hermenêutico e operacional, convergência entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Refugiados, o que serve para ampliar a proteção da pessoa humana.[10]

Apesar do valor inerente ao conceito amplo de tratados de direitos humanos para sua garantia e efetivação, a este trabalho restou a análise tanto da importância como da prioridade e necessidade da constitucionalização destes. Desde logo, é preciso reconhecer as dificuldades nessa delimitação.

No decorrer dos trabalhos de investigação, houve uma constante preocupação com a categorização de tratados em níveis hierárquicos legais diferenciados. Vários autores sustentam esta crítica, surgida a partir da Emenda 45/2004, que acrescentou o parágrafo terceiro ao artigo quinto da Constituição Federal de 1988. Isto porque há um entendimento generalizado no sentido da desnecessidade de formalização dos tratados internacionais de direitos humanos, por se defender que estes já são materialmente constitucionais por meio do parágrafo segundo do mencionado artigo quinto. Entretanto, a existência de um *bloco de constitucionalidade* [11] não é ponto pacífico, nem na doutrina, nem na jurisprudência brasileiras, haja vista a posição do Supremo Tribunal Federal na questão do depositário infiel, recentemente discutida por aquela Corte e apresentada neste trabalho.

Entende-se como materialmente constitucionais todos os tratados internacionais de direitos humanos, nos termos do artigo 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988. Entretanto, essa premissa constitucional não foi suficiente para exigir o comprometimento das instâncias político-jurídicas nacionais com a proteção dos direitos humanos internacionalmente positivados. Em julgado de 2002 (HC 81.319-GO), o Ministro Celso de Mello propõe expressamente que “à semelhança do que se registra no direito constitucional comparado (Constituições da Argentina, do Paraguai, da Federação Russa, do Reino dos Países Baixos e do Peru, v.g.), o Congresso Nacional venha a outorgar hierarquia constitucional aos tratados sobre direitos humanos celebrados pelo estado brasileiro...”. Ou seja, o próprio Supremo Tribunal Federal, órgão que poderia efetivamente promover o reconhecimento formal a partir do artigo 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988, absteve-se de fazê-lo.

Neste norte, o Constituinte derivado, ao impor a constitucionalização formal dos tratados de direitos humanos, teve a intenção de dirimir dúvidas acerca desta controvérsia. Ao determinar alguns atos internacionais dessa natureza como *prioritários*, para efeitos

de formalização constitucional *imediata*, o que se busca é elevá-los ao nível hierárquico superior a fim de fortalecer sua aplicabilidade e a necessidade de sua efetivação por parte do Estado brasileiro [12]. Estas escolhas atenderam a opções teóricas já explicitadas. Não há aqui a pretensão de se negar a possibilidade de inserções e/ou inclusões posteriores de tratados já ratificados no nível infraconstitucional antes do advento da Emenda 45/2004, por meio dos procedimentos especiais sugeridos, em princípio, para os tratados de direitos humanos ainda pendentes de ratificação.

A *metodologia* adotada consistiu em analisar os tratados, organizados por blocos em função do sistema e/ou vertente de proteção internacional dos direitos humanos. Cada ato internacional foi cotejado, em seu conteúdo, com a legislação constitucional e infraconstitucional brasileira em vigor, a fim de se avaliar o nível de recepção de cada tratado pelo ordenamento nacional.

Assim, realizou-se a análise dos tratados internacionais de direitos humanos, e foi proposta a seguinte divisão: a) tratados internacionais de direitos humanos *strictu sensu* que serão elencados oportunamente; e b) tratados internacionais que não abordam estritamente os direitos humanos, embora tenham relevância para o tema, dos quais nos ocupamos doravante.

Na análise propriamente dita verificou-se que há uma divergência quanto ao Estatuto do Tribunal Penal Internacional, indicado pela SEDH no rol dos tratados de direito humanitário. Este não tem, nos parâmetros estabelecidos nesta pesquisa, caráter de tratado internacional especificamente de direitos humanos, pois é ato internacional cujo *objeto é a regulamentação de uma corte internacional*, e não o reconhecimento de direitos como obrigação imposta aos Estados. Além disto, o compromisso brasileiro com sua criação e funcionamento já foi contemplado nos termos do artigo 5º, § 4º, da Constituição Federal de 1988, com a redação dada pela Emenda 45/2004, estando, portanto, fora do interesse do parágrafo terceiro deste mesmo artigo.

Seguindo essa linha de raciocínio, para fins desta classificação, não foram considerados tratados internacionais de direitos humanos aqueles que criam, regulamentam ou estabelecem competências para as organizações internacionais, como a Carta da ONU e a Carta da OEA. Esses documentos são *cartas constitutivas* daquelas organizações. Tampouco a Declaração de reconhecimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, já internalizada por meio do Decreto n. 4.463/2002, está na categoria de tratado internacional de direitos humanos *stricto sensu* que estamos considerando neste trabalho, por tratar-se simplesmente de *ato de adesão* à jurisdição daquele tribunal internacional.

Tampouco se recomenda a priorização dos tratados de direitos humanos de conteúdo procedimental, notadamente os *protocolos facultativos*, tendo em vista que demandam regulamentação infraconstitucional, especialmente no âmbito administrativo, ou seja, possuem caráter mais propriamente instrumental, no sentido da criação de mecanismos de proteção, do que conteúdo declaratório que gere obrigações para fins de efetivação de direitos, dentro da perspectiva do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

No que concerne aos *tratados de direitos humanos stricto sensu*, a primeira escolha foi no sentido de priorizar os atos internacionais do sistema universal por sua amplitude, se comparados aos tratados do sistema regional. Porém, ponderou-se que, apesar de não ter a mesma riqueza que o sistema global, é de se observar que por vezes o sistema regional é mais vantajoso, pois compreende um número menor de países, com características similares, de culturas próximas, bem como tem, intrinsecamente, maior capacidade de exercer pressões sobre os Estados envolvidos. Cada instrumento regional enquadra-se nas perspectivas da sua região, a fim de atender aos anseios da comunidade à qual se dirige.

Entende-se também que não seria cabível, nesta proposta, a priorização dos tratados de direito dos refugiados, por possuírem um objeto bastante específico, ligado à dimensão da proteção dos direitos humanos em caso de conflitos ou situações climáticas e econômicas severas, ou seja, em situações excepcionais. Seguindo a mesma lógica, optamos pela recomendação de não priorizar os tratados internacionais de direito humanitário. Quanto ao sistema regional, recomenda-se a priorização somente daqueles de maior abrangência, consoante com os marcos teóricos pré-estabelecidos.

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

Em relação aos tratados de direitos humanos assinados *posteriormente* à Emenda n.º45/2004, ou que ainda não tenham sido ratificados na forma de emenda à Constituição, ou ainda aqueles que não constem da lista acima proposta, sugere-se procedimento legislativo especial para que sejam enviados ao Congresso Nacional com Mensagem Presidencial encaminhando para a constitucionalização, a exemplo do que ocorreu com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, e seu Protocolo Facultativo [19]. Atualmente seria a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra



o Desaparecimento Forçado, aprovada pela Resolução A/61/177 da Assembleia Geral da ONU em 20/12/2006, que ainda não entrou em vigor, tendo sido assinada pelo Brasil em 06/02/2007, estando pendente de ratificação.

Deve ser destacado, por oportuno, que apesar de ter sido indicado originalmente no *Edital de Pesquisa* o Protocolo Adicional à Convenção contra o Crime Organizado para a supressão do tráfico de mulheres e crianças, este não consta da lista encaminhada pela SEDH, por não ser considerado propriamente um tratado de direitos humanos. Na verdade, é um *tratado de direito penal*, cujo objetivo principal não é a garantia ou o respeito ao direito das mulheres e das crianças, mas a criminalização de autores de crimes de tráfico de pessoas, há muito já definidos no Código Penal brasileiro, atualizados pela Lei n. 11.106/05.

Por derradeiro, durante a pesquisa percebeu-se que o Brasil não aderiu a uma importante convenção sobre direitos humanos, a *Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade*, de 26 de novembro de 1968. Cumpre assinalar a importância de seu conteúdo e de sua ratificação, especialmente na América Latina, cujos países – inclusive o Brasil – atravessaram, ao longo do século XX, diversos períodos ditatoriais, caracterizados por sistemáticas violações dos direitos humanos.

Análise da posição atual da jurisprudência acerca dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil

No direito brasileiro podem ser identificadas quatro vertentes de interpretação quanto ao *status* dos tratados internacionais no ordenamento jurídico interno, especificamente quanto à hierarquia entre estes, a Constituição e as leis internas.

A primeira delas trabalha com idéia da natureza *supraconstitucional* dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos. Era defendida por Celso Duvivier de Albuquerque Mello [13], e seguia uma antiga posição do Supremo Tribunal Federal que perdurou até a década de 1970, ao adotar a tese do primado do direito internacional sobre o direito interno infraconstitucional.[14]

A segunda corrente doutrinária defende a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, com base na interpretação do parágrafo 2º do artigo 5º, que aduz que: “§ 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”. Nesse sentido, posicionam-se Cançado Trindade, Flávia Piovesan<sup>16</sup>, Clèmenson Merlin Clève e Ingo Sarlet, dentre outros.

---

16 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. 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*, n° 113-118, 1998. pp. 88-89; e Piovesan, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 83.

A outra vertente interpretativa, inspirada no direito comparado, atribui caráter *supralegal* e *infraconstitucional* aos tratados e convenções sobre direitos humanos, e pode ser localizada especificamente nas Constituições da Alemanha (artigo 25), França (artigo 55) e Grécia (artigo 28). Nesse sentido parece ter aderido a tal entendimento o Min. Gilmar Mendes, no voto vogal proferido no Recurso Extraordinário analisado abaixo.

A quarta corrente, mais conservadora, é prevalente na jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal (STF), desde o julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004/SE, Rel. Min. Xavier de Albuquerque (publicado no DJ de 29.12.77), que reconhece o *status* de *lei ordinária* a tratados internacionais em geral, sem diferenciar aqueles que tratam especificamente de direitos humanos. Com essa decisão, o STF alterou seu posicionamento tradicional, anterior a 1977, e passou a adotar a tese de equiparação dos tratados internacionais a leis ordinárias, ou seja, situando-os hierarquicamente abaixo da Constituição.

Tal posição foi mantida mesmo após a Constituição de 1988 [15], tendo sido várias vezes reafirmada pela Corte Suprema. Em caso paradigmático, julgado em 22.11.95, ou seja, após a internalização do Pacto de San Jose da Costa Rica [16], o STF julgou constitucional a prisão civil do depositário infiel com fundamento de que o referido tratado teria sido incorporado ao ordenamento jurídico como legislação ordinária, não podendo, portanto, prevalecer sobre o texto constitucional [17]. Ao analisar as divergências entre o artigo 7º de tal diploma internacional [18] que admite apenas um único caso de prisão civil por dívidas – do devedor de alimentos –, e a CF/88 que inclui, além dessa, a do depositário infiel [19], considerou a Corte que não havia qualquer inconstitucionalidade em tal disposição, diante da supremacia da Constituição.

Nesse mesmo sentido, no HC 81.319-GO, relatado pelo Min. Celso de Mello, se extraem alguns conceitos importantes que sustentam a posição majoritária do STF, julgado em 24.02.2002 (DJ de 19.08.95) pelo Plenário da Corte, conforme a seguinte ementa:

(...) Admissibilidade - alienação fiduciária em garantia - prisão civil do devedor fiduciante - legitimidade constitucional - inocorrência de transgressão ao pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) (...).

A prisão civil do devedor fiduciante, nas condições em que prevista pelo DL nº 911/69, reveste-se de plena legitimidade constitucional e não transgride o sistema de proteção instituído pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Precedentes.

Os tratados internacionais, necessariamente subordinados à autoridade da Constituição da República, não podem legitimar interpretações que restrinjam a eficácia jurídica das normas constitucionais. - a possibilidade jurídica de o Congresso Nacional instituir a prisão civil no caso de infidelidade depositária encontra fundamento na própria Constituição da República (artigo 5º, LXVII). A autoridade hierárquico-normativa da Lei Fundamental do Estado, considerada a supremacia absoluta de que se reveste o estatuto político brasileiro, não se expõe, no plano de sua eficácia e aplicabilidade, a restrições ou a mecanismos de limitação fixados em sede de tratados internacionais, como o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos). - a ordem constitucional vigente no Brasil - que confere ao poder legislativo explícita autorização para disciplinar

e instituir a prisão civil relativamente ao depositário infiel (artigo 5º, LXVII) - não pode sofrer interpretação que conduza ao reconhecimento de que o estado brasileiro, mediante tratado ou convenção internacional, ter-se-ia interditado a prerrogativa de exercer, no plano interno, a competência institucional que lhe foi outorgada, expressamente, pela própria Constituição da República.

No julgamento do processo acima mencionado, merece destaque a referência feita pelo relator à necessidade de uma futura mudança da “estatura constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos: uma desejável qualificação jurídica a ser atribuída, ‘*de jure constituendo*’, a tais convenções celebradas pelo Brasil”, ou seja, ele propõe expressamente que “à semelhança do que se registra no direito constitucional comparado (Constituições da Argentina, do Paraguai, da Federação Russa, do Reino dos Países Baixos e do Peru, v.g.), o Congresso Nacional venha a outorgar hierarquia constitucional aos tratados sobre direitos humanos celebrados pelo estado brasileiro...”.

Há, efetivamente, por parte do Supremo Tribunal Federal, uma preocupação com o fato de 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)”.

Em que pese tal entendimento tenha perdurado por várias décadas, na atualidade pode-se afirmar que está havendo uma mudança de rumos que poderá levar a uma futura reforma da jurisprudência da Corte com base em julgamentos em andamento. Destaque-se que estão em curso, de forma unificada, no Pleno do STF, três recursos sobre o tema da (in)constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel: o HC 87.585 [20], o RE 349.703 [21] e o RE 466.343.

Os primeiros indicativos de mudança de entendimento ocorreram no ano de 2007. Enquanto a 2ª. Turma do STF, no HC 87.585, decidiu encaminhar o julgamento do processo ao Plenário da Corte, a 1ª. Turma já proferiu posicionamento favorável à tese da inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, ao deferir ordem de *habeas corpus* no HC n. 90.172, relatado pelo Min. Gilmar Mendes, e deferido por unanimidade, pelo seguinte fundamento:

A Turma deferiu *habeas corpus* preventivo para assegurar ao paciente o direito de permanecer em liberdade até o julgamento do mérito, pelo STJ, de idêntica medida. ... Em seguida, asseverou-se que o tema da legitimidade da prisão civil do depositário infiel, ressalvada a hipótese excepcional do devedor de alimentos, encontra-se em discussão no Plenário (RE 466343/SP, v. Informativos 449 e 450) e conta com 7 votos favoráveis ao reconhecimento da inconstitucionalidade da prisão civil do alienante fiduciário e do depositário infiel. Tendo isso em conta, entendeu-se presente a plausibilidade da tese da impetração. Reiterou-se, ainda, o que afirmado no mencionado RE 466343/SP no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem status normativo supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação e que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos

Civis e Políticos (artigo 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (artigo 7º, 7), não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel.

Tal julgado faz, inclusive, menção ao Recurso Extraordinário n. 466.343-1-SP, ainda pendente de decisão pelo Pleno, interposto contra o acórdão do TJSP que considerou inconstitucional a prisão civil do alienante fiduciário. Nesse recurso, já há oito votos pela inconstitucionalidade dessa prisão, mas nem todos pelo mesmo fundamento.

Embora ainda seja precipitado afirmar taxativamente, parece estar se iniciando uma nova linha de interpretação constitucional sobre o *status* dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro. Para melhor esclarecer essa tendência, passaremos a analisar os extratos dos votos já divulgados do recurso extraordinário acima citado.

No julgamento iniciado em 22.11.06, o Min. Cezar Peluso, relator, sem entrar no mérito da relação entre os tratados e a Constituição, no trecho já divulgado, negou provimento ao recurso, concluindo pela inconstitucionalidade do disposto no artigo 4º do DL 911/69, ao afirmar que:

entre os contratos de depósito e de alienação fiduciária em garantia não há afinidade, conexão teórica entre dois modelos jurídicos, que permita sua equiparação. Asseverou, também, não ser cabível interpretação extensiva à norma do art. 153, § 17, da EC 1/69 — que exclui da vedação da prisão civil por dívida os casos de depositário infiel e do responsável por inadimplemento de obrigação alimentar — nem analogia, sob pena de se aniquilar o direito de liberdade que se ordena proteger sob o comando excepcional. Ressaltou que, à lei, só é possível equiparar pessoas ao depositário com o fim de lhes autorizar a prisão civil como meio de compeli-las ao adimplemento de obrigação, quando não se deforme nem deturpe, na situação equiparada, o arquétipo do depósito convencional, em que o sujeito contrai obrigação de custodiar e devolver. [22]

Em seguida, pediu vista o Min. Gilmar Mendes, que proferiu um importante voto [23], com especial foco na posição dos tratados internacionais de direitos humanos frente à Constituição Federal de 1988, e defendeu o *status* de norma supralegal aos tratados de direitos humanos, mantendo a supremacia da Constituição e reconhecendo a sua superioridade com relação àqueles. O voto do referido ministro será objeto de análise a seguir.

Em primeiro lugar, é interessante notar que o Min. Gilmar Mendes analisa a questão em tela sob a específica ótica da Emenda Constitucional nº. 45/2004, ao partir da premissa de que “os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais”, ao mesmo tempo em que reconhece que tal emenda ressalta “o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico”.

Com base no seu voto, o ministro considera insuficiente a atual posição da Corte e defende que “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sem sombra de dúvidas,

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

Em resumo, o Min. Gilmar Mendes entende que os tratados internacionais de direitos humanos possuem um “inequívoco caráter especial”, ou seja, supralegal, e por isso têm o condão de “paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante”, como é o caso do dispositivo que prevê a prisão civil do depositário infiel (artigo 5º, inciso LXVII da CF/88), mas que este não pode ser revogado por meio de um tratado, diante da “supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais”.

Assim, ele defende que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica – junto a outros tratados de direitos humanos, para que sejam incorporados formalmente à Constituição Brasileira, devem seguir o “procedimento especial de aprovação previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição, tal como definido pela EC nº 45/2004, conferindo-lhes status de emenda constitucional”. Destaca o ministro, ao final, que “os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana”.

Por fim, o relator acrescentou que a prisão civil do devedor-fiduciante violaria o princípio da proporcionalidade, já que o ordenamento jurídico dispõe de outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, bem como o fato de que o DL 911/69 teria instituído uma ficção jurídica ao equiparar o devedor-fiduciante ao depositário, em ofensa ao princípio da reserva legal proporcional.

Além do relator Cezar Peluso e do voto vista de Gilmar Mendes mais seis outros ministros votaram contra a prisão do depositário infiel, embora não se tenha ainda disponível a íntegra de seus posicionamentos. São eles: Marco Aurélio (que já manifestara anteriormente em outros julgados uma posição até então vencida pela inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel), Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia.

Talvez a maior surpresa tenha sido o voto do Ministro Celso de Mello, que mudou sua posição original e destacou a importância da “análise do processo de crescente internacionalização dos direitos humanos e das relações entre o direito nacional e o direito internacional dos direitos humanos, sobretudo diante do disposto no § 3º do art. 5º da CF, introduzido pela EC 45/2004”.<sup>[24]</sup>

Para o referido Ministro “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, mesmo os firmados antes do advento da Constituição de 1988, devem ter o

mesmo status dos dispositivos inscritos na Constituição Federal”, mas ponderou que “tais tratados e convenções não podem contrariar o disposto na Constituição, somente complementá-la”. [25]

Sua posição, no entanto, difere da exposta no voto de Gilmar Mendes, pois ele não concorda com o *status* supralegal dos tratados de direitos humanos, atribuindo-lhes hierarquia constitucional, e destaca a existência de três distintas situações relativas a esses tratados:

1) os tratados celebrados pelo Brasil (ou aos quais ele aderiu), e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da CF/88, revestir-se-iam de índole constitucional, haja vista que formalmente recebidos nessa condição pelo § 2º do art. 5º da CF; 2) os que vierem a ser celebrados por nosso País (ou aos quais ele venha a aderir) em data posterior à da promulgação da EC 45/2004, para terem natureza constitucional, deverão observar o *iter* procedimental do § 3º do art. 5º da CF; 3) aqueles celebrados pelo Brasil (ou aos quais nosso País aderiu) entre a promulgação da CF/88 e a superveniência da EC 45/2004, assumiriam caráter materialmente constitucional, porque essa hierarquia jurídica teria sido transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade.

Ao comentar o pronunciamento de Celso de Mello, o Ministro Gilmar Mendes teria discordado parcialmente do último aspecto daquele voto, e defendido a Emenda Constitucional 45/04, da Reforma do Judiciário, mantendo sua posição pelo caráter supralegal, mas infraconstitucional, dos tratados internacionais de direitos humanos. Em que pese essa a divergência entre os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello quanto à hierarquia de tratados internacionais de direitos humanos, ambos reconhecem a necessidade de adequação do texto do tratado à Constituição.

Após o voto de Celso de Mello, o Ministro Menezes Direito pediu vista e suspendeu o julgamento, conjuntamente com os outros dois processos em julgamento sobre o tema.

Apesar de o julgamento do recurso extraordinário em tela ainda estar suspenso, a posição do Ministro Direito, já declarada em outro julgado recente, do qual ele foi relator, foi no sentido de considerar “que a decisão do tribunal *a quo* estaria em consonância com a jurisprudência desta Corte que entende ser constitucional a prisão civil decorrente de depósito judicial, pois enquadrada na ressalva prevista no inciso LXVII do art. 5º, da CF, ante sua natureza não-contratual” [26], razão pela qual ele denegou a ordem, tendo a 1ª. Turma do STF mantido a prisão do paciente, por maioria, vencido o Min Marco Aurélio [27].

Por outro lado, em decisão liminar bastante recente, o Ministro Carlos Ayres Britto suspendeu ordem de prisão civil no HC n. 94013, exercendo o seu poder de cautela, em decisão ainda não definitiva, levando em conta justamente o julgamento do Recurso Extraordinário sobre este tema, no qual “nada menos do que sete ministros deste STF – maioria da qual faço parte – proferiram voto na linha da ilegitimidade da prisão civil daquele que se ache na condição de depositário infiel”.

Finalmente, em dezembro de 2008, veio à luz a posição final do STF, quando o Supremo divulgou as duas teses sobre o tema:

- 1) O ministro Menezes Direito filiou-se à tese defendida pelo presidente do STF, ministro Gilmar Mendes, que concede aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos a que o Brasil aderiu um status supralegal, porém admitindo a hipótese do nível constitucional delas, quando ratificados pelo Congresso Nacional, de acordo com a EC 45 (parágrafo 3º do artigo 5º da CF). Neste contexto, o ministro Gilmar Mendes advertiu para o que considerou um “risco para a segurança jurídica” a equiparação dos textos dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos de que o Brasil é signatário ao texto constitucional. Segundo ele, o constituinte agiu com maturidade ao acrescentar o parágrafo 3º ao artigo 5º da CF. No mesmo sentido se manifestaram os ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia, além de Menezes Direito.
- 2) Foram votos vencidos parcialmente - defendendo o status constitucional dos tratados sobre direitos humanos os ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie.

### 3. CONCLUSÃO

A Emenda Constitucional nº 45/2004, em matéria de direitos humanos, atribuiu *status* equivalente ao de norma constitucional para tratados internacionais sobre esse assunto. O parágrafo 3º introduzido ao artigo 5º da Constituição Federal criou procedimento legislativo especial para que estes pudessem ser formalmente constitucionalizados. No entanto, a redação dada pelo Poder Constituinte Reformador foi objeto de muitas críticas pela doutrina brasileira, e este trabalho orienta-se exatamente para a proposição de alternativas que contemplem os questionamentos levantados e garantam a proteção constitucional dos direitos humanos.

Como demonstrado no decorrer da pesquisa, no direito brasileiro podem ser identificadas quatro vertentes de interpretação quanto ao *status* dos tratados internacionais de direitos humanos, depois de devidamente internalizados:

A primeira delas atribui *natureza supraconstitucional* aos tratados dessa matéria. Era defendida, por exemplo, por Celso Duvivier de Albuquerque Mello<sup>17</sup>, e seguia uma antiga posição do Supremo Tribunal Federal que perdurou até a década de 1970, ao adotar a tese do primado do direito internacional sobre o direito interno infraconstitucional.

A segunda corrente doutrinária defende a *hierarquia constitucional* dos tratados internacionais de direitos humanos, com base na interpretação do parágrafo 2º. do artigo 5º, que aduz que: “§ 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”. Nesse sentido, posicionam-se Cançado Trindade, Flávia Piovesan<sup>18</sup>, Clèmenson Merlin Clève e Ingo Sarlet, dentre outros.

A outra vertente interpretativa, inspirada no direito comparado, atribui *caráter supralegal e infraconstitucional* aos tratados e convenções sobre direitos humanos, e pode ser localizada especificamente nas Constituições da Alemanha (artigo 25), França (artigo 55) e Grécia (artigo 28). Nesse sentido parece ter aderido a tal entendimento o Ministro Gilmar Ferreira Mendes.

A quarta corrente ainda prevalece na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), e reconhece o *status de lei ordinária* a tratados internacionais, inclusive aqueles que protegem direitos humanos. Esse posicionamento foi firmado a partir de 1977 e perdurou mesmo após a Constituição de 1988.

---

17 Cf. MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. O §2º do art. 5º da Constituição Federal. In: Torres, Ricardo Lobo (Org.). Teoria dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 25-26.

18 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. 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; e Piovesan, Flávia. Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 83.



Em 2004, decidiu o Constituinte Derivado pôr termo a esta divergência determinando hierarquia constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos no Art. 5º, § 3º: “*Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais*”. Houve uma manifestação expressa de qual das posições acima deveria prevalecer, isto é, aquela que atribuíria *status* constitucional a esses tratados, mas outras questões permaneceram sem resposta, como por exemplo: i) qual o tratamento a ser conferido aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados antes da Emenda nº 45/2004?; ii) Pode um tratado internacional de direitos humanos ser constitucionalizado em parte?; iii) O que acontece com um tratado internacional de direitos humanos que não atinge o quorum estabelecido no parágrafo 3º? Teria este *status* de lei ordinária?

O primeiro problema decorrente da redação dada ao enunciado normativo acima transcrito refere-se ao tratamento que deveria ser conferido aos tratados internacionais de direitos humanos internalizados antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004. Como não existia o procedimento acima descrito, estes foram ratificados por processo distinto e, portanto, restava dúvida se deveriam ser considerados como constitucionais ou se para tal deveriam ser reapreciados pelo Poder Legislativo.

A mesma parcela da doutrina que defendia a tese da constitucionalidade desses tratados antes da referida Emenda manteve esse posicionamento em razão do artigo 5º, parágrafo 2º, considerando que, a partir do parágrafo 3º do mesmo artigo, os tratados anteriores teriam sido automaticamente constitucionalizados.

Entretanto, como já assinalado anteriormente, a existência de um *bloco de constitucionalidade* não é ponto pacífico entre os pensadores brasileiros, tampouco na jurisprudência constitucional. Em relação ao tratamento destes documentos, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se ora pela constitucionalização automática, ora manteve o posicionamento de que os tratados anteriores teriam hierarquia infraconstitucional e, em outros momentos, reafirmou que estes deveriam ter natureza supralegal.

Como alternativa a esse problema, buscou-se no Direito Comparado experiências de países que alteraram o *status* dos tratados de direitos humanos, atribuindo-lhes hierarquia constitucional. A contribuição que pareceu mais adequada foi a da Constituição Argentina que, antes de estabelecer o procedimento de constitucionalização desses tratados, elenca quais dentre os já ratificados deveriam ter o mesmo tratamento. Em Seminário organizado pelo Grupo de Pesquisa para difusão deste trabalho, além da contribuição de doutrinadores como Flávia Piovesan e Oscar Vilhena Vieira, a manifestação do Ministro Eugenio Raúl Zaffaroni da Suprema Corte Argentina foi bastante esclarecedora nesse sentido. Na qualidade de parlamentar a época da reforma constitucional argentina e de atual intérprete da mesma Constituição, Zaffaroni afirmou a positividade da técnica legislativa de trazer elencados na Carta constitucional os tratados já ratificados antes da reforma que deveriam gozar de constitucionalização automática.

Para determinar os documentos que deveriam constar do texto do parágrafo terceiro, construiu-se um conceito adequado de *tratados internacionais de direitos humanos*. Os tratados internacionais que não abordam estritamente os direitos humanos, embora tenham relevância para o tema, não constam desta proposta. Já os documentos internacionais que se enquadram no conceito desenvolvido foram considerados tratados internacionais de direitos humanos *stricto sensu* e suas escolhas obedeceram aos seguintes critérios: foram priorizados os atos internacionais do *sistema universal* por sua amplitude, se comparados aos tratados do sistema regional, embora, por motivos pragmáticos, tenhamos incluído também tratados do *sistema interamericano*, mais próximos da nossa realidade.

Para que outros documentos de direitos humanos *stricto sensu* tenham a mesma natureza, basta que sejam aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, por três quintos dos votos. Ressalte-se que, em qualquer hipótese, se as normas do tratado internacional de direitos humanos não contrariarem cláusulas pétreas, elas passam a determinar um novo parâmetro de constitucionalidade. Se ocorrer o contrário, deverá ser protegida a integridade do texto constitucional e afastada a norma do tratado.

No intuito de contribuir para a máxima aplicação do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal foram propostas, ainda, alterações no âmbito do Regimento Interno da Câmara dos Deputados e do Senado Federal de maneira que o procedimento especial definido naquela norma pudesse ser detalhadamente refletido nestes.

Nesse aspecto, a contribuição mais relevante foi a da criação de uma Comissão Especial, formada por integrantes das Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania, Relações Exteriores e Defesa Nacional e Direitos Humanos e Minorias (ou Direitos Humanos e Legislação Participativa) para apreciação dos projetos de decreto legislativo destinados à constitucionalização de tratados de direitos humanos. Esta se justifica não apenas para conferir maior celeridade ao processo, como também para permitir que os principais interesses envolvidos nesse projeto possam ser defendidos. Essa observação se faz necessária porque, no trâmite da Emenda Constitucional nº 45/2004, apesar de defender interesse amparado pela redação do §3º do artigo 5º, a Comissão de Direitos Humanos e Minorias não foi chamada a opinar. A orientação para que se crie essa Comissão Especial pretende assegurar que tratados internacionais de direitos humanos sejam necessariamente analisados por representantes das Comissões de Direitos Humanos das duas Casas Legislativas.

Nesse sentido, a discussão pública do resultado da pesquisa no Congresso Nacional influenciou a Proposta de Resolução do Senado (PRS) 29/2008, apresentada pelo Senador Mercadante. O Senado não cria, como o faz a Câmara, Comissões Especiais para discussão exclusiva de um projeto. Por isso na PRS, optaram por definir quais deveriam ser as comissões bem como suas competências sobre a matéria. Caberia à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania se pronunciar sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade do projeto, bem como sobre a pertinência em equivaler o tratado ou a convenção à emenda

constitucional; às Comissões de Direitos Humanos e de Relações Exteriores e Defesa Nacional o pronunciamento sobre o mérito do projeto.

Quanto ao segundo problema (ii), aquele que se refere à (im)possibilidade de constitucionalização em parte de tratado internacional de direitos humanos, entende-se que o Poder Legislativo não pode apresentar emendas ou reservas a estas espécies. Sendo assim, cabe ao Congresso Nacional decidir definitivamente se o tratado será totalmente internalizado como norma constitucional ou se totalmente rejeitado. Ainda que a Constituição Federal de 1988 tenha reservado ao Legislativo a resolução conclusiva dos tratados internacionais, a oposição de emendas aos textos já negociados com outros Estados pelo Presidente da República faz com que os ajustes fiquem dependentes de novos acordos. A negociação dos tratados é matéria de competência privativa do Chefe do Executivo Federal, e permitir que o Congresso Nacional interfira nesse processo implica em violação da Separação, Independência e Harmonia entre os Poderes, princípio fundamental da Constituição Federal de 1988. Apesar de todos os argumentos trazidos neste trabalho, na PRS 29/2008 prevalece o entendimento sobre a possibilidade de emendas como forma de introduzir reservas ao tratado ou convenção. Na sua justificativa, ressaltam que as reservas são formalizadas pelas emendas ao decreto, sem interferir no tratado.

O último questionamento proposto (iii) tem por intuito responder se é possível a internalização de tratados de direitos humanos com *status* de lei ordinária quando não se atinja o quorum exigido para sua constitucionalização. Admitir essa possibilidade implicaria no risco de se conviver com normas de direitos humanos de categorias distintas. Tal postura não é adequada. Defende-se que, diante da possibilidade de internalizar o tratado com hierarquia infraconstitucional, estaria enfraquecida a proteção das normas definidoras de direitos humanos, além de contrariar a vontade manifesta do Poder Constituinte Reformador ao determinar, a partir do advento do § 3º do artigo 5º, que todos os tratados internacionais que versem sobre matéria de direitos humanos devem ter hierarquia de norma constitucional. Nesse sentido também é divergente o posicionamento defendido na PRS 29/2008. Nos termos da proposta: “Caso o tratado ou convenção internacional sobre direitos humanos não obtenha, em dois turnos, três quintos de votos favoráveis, será considerado aprovado com equivalência às leis ordinárias, desde que alcançada a maioria simples de votos”.

O projeto no qual se enquadra a pesquisa que ora se apresenta foi criado no intuito de democratizar o processo de elaboração legislativa. A Secretaria de Assuntos Legislativos - SAL, órgão do Ministério da Justiça produz, em média, cerca de 500 pareceres por ano sobre os mais diversos temas jurídicos. Tais pareceres instruem a elaboração de novos textos normativos, a posição do governo no Congresso, bem como a sanção ou veto presidencial. Para estreitar o diálogo com as discussões jurídicas de ponta desenvolvidas no meio acadêmico brasileiro e qualificar a Secretaria no trabalho de elaboração normativa foi desenvolvido o Projeto Pensando o Direito. Acredita-se que esta pesquisa cumpriu os objetivos definidos, não só pelo tratamento científico dado ao tema como também por ter

avanzado num processo deliberativo aberto e público com o Congresso Nacional e a SAL sobre as conclusões levantadas pelo Grupo de Pesquisa.

### Notas:

- [1] Os *topoi* são os lugares comuns retóricos mais abrangentes de determinada cultura. Funcionam como premissas de argumentação que, por não se discutirem, dada sua evidência, tornam possível a produção e a troca de argumentos. *Idem*, p. 443.
- [2] Tal temática remete a duas teorias: *Monista e Dualista*, que tratam da separação ou não de qualquer espécie entre o ordenamento jurídico nacional e o internacional, que não serão analisadas porque fogem do objeto de nossa pesquisa.
- [3] De acordo com a Opinião Consultiva n. 2/82 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, os tratados sobre direitos humanos não são tratados multilaterais de tipo tradicional. Assim, ao aprovar esses tratados os Estados se obrigam não perante outros Estados, mas em relação aos indivíduos que vivem sob sua jurisdição. Disso decorre também o fato de que não seria admitido opor reservas. De acordo com Cançado Trindade: “se os governos mantiverem em mente a natureza especial dos tratados de direitos humanos, celebrados para a proteção da pessoa humana e não para o estabelecimento de concessões ou vantagens interestatais recíprocas, certamente se esforçarão eles para não formular reservas ou, quando parecerem estas necessárias e forem permissíveis, formulá-las de tal modo que não gerem problemas de interpretação e não se afigurem incompatíveis com o objeto e propósito de tais tratados”. Cançado Trindade *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. 2 ed. Brasília: UnB, 2000, p 120 e ss.
- [4] A Convenção de Viena define *reserva* do seguinte modo: “uma declaração unilateral, qualquer que seja sua redação ou denominação, feita por um Estado ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou modificar os efeitos jurídicos de certas disposições do Tratado em sua aplicação a esse Estado”. De acordo com Celso D. de Albuquerque Mello, *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004., p. 209, “As reservas, para serem válidas, devem preencher uma condição de forma e outra de fundo. A condição de forma é que ela deve ser apresentada por escrito, pelo Poder competente dentro do Estado para o trato dos assuntos internacionais, isto é, pelo Poder Executivo. O Legislativo não pode apresentar reservas no plano internacional. Antonio Cachapuz de Medeiros, citando Vicente Marotta Rangel, destaca a importância de se distinguir as emenda das reservas aos tratados internacionais. As *emendas* “pretendem a revisão ou reforma de determinadas cláusulas”, enquanto as *reservas* “visam a suspender-lhes a aplicação”. Cf. MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz. Atualização do direito dos tratados. Disponível em: <http://eca.oab.org.br/anexos/1154543213202701520251.pdf>. Acesso em 27 de Fevereiro de 2008.

- [5] Constituição Federal de 1988, artigo 84.
- [6] Cf. CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. 2ª ed. Brasília: UnB, 2000, p. 120 e ss.
- [7] Art. 2º, nº 1 letra d (Convenção de Viena - Direito dos Tratados). Regulamentação Art. 19 a 23 da mesma Convenção. O instituto da reserva é utilizado com dois objetivos: eximir-se da obrigação; e definir o entendimento (interpretar o sentido da norma internacional).

Um Estado pode, ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, formular uma reserva; a menos que: a reserva seja proibida pelo tratado; o tratado apenas autorize determinadas reservas, entre as quais não figure a reserva em questão; ou nos casos em que a reserva seja incompatível com o objeto e a finalidade do tratado. Na Aprovação Legislativa, não pode haver mudança, porém pode haver reserva.

[8] O Supremo Tribunal Federal já negou aplicabilidade a tratado internacional que introduzia normas de direitos fundamentais porque não foi publicado no Diário Oficial (Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1480-3 DF, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 18.05.01).

- [9] Conferir BATISTA, Vanessa Oliveira. *Da necessidade de interação das normas de direitos fundamentais com a normativa internacional no estado contemporâneo*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 34, 02/11/2006 [Internet]. Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1343](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1343). Acesso em 12/07/2007.

Conferir ainda TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Nacional e Internacional: perspectivas brasileiras*. Brasília: Friedrich Naumann Stiftung, 1992. 357 p. e *A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro*. 2 ed. San José: IIDH/CICV/ACNUR/Comissão da União Européia/Governo da Suécia, 1996.

- [10] Essas três vertentes de proteção internacional foram reforçadas pelo ciclo de Conferências Mundiais das Nações Unidas na década de 1990: *Meio Ambiente, Rio de Janeiro, 1992; Direitos Humanos, Viena, 1993; População e Desenvolvimento, Cairo, 1994; Desenvolvimento Social, Copenhague, 1995; Mulher, Beijing, 1995; Assentamentos Humanos, Istambul, 1996*. Todas essas reuniões tiveram em comum o fato de demonstrar uma legítima preocupação de toda a comunidade internacional com as condições de vida das pessoas em todos os países. Cf. CANÇADO TRINDADE, A. A. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, v. I. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 1997; e CANÇADO TRINDADE, A. A.; PEYTRIGNET, G.; e RUIZ DE SANTIAGO, Jorge. *As Três Vertentes da Proteção Internacional dos Direitos da Pessoa Humana*, Brasília/San José de Costa Rica. IIDH/ACNUR/CICV, 1996.

- [11] Entendemos por *Bloco de Constitucionalidade* o conjunto de regras e princípios que, embora não integrem o texto constitucional, são formalmente reconhecidos como materialmente constitucionais e que podem ser utilizados como parâmetro de constitucionalidade para Jurisdição Constitucional.
- [12] Ou seja, por *prioritários* deve-se entender aqueles aos quais recomendamos a imediata constitucionalização, por meio de emenda constitucional. Encaminhamento ao Congresso Nacional via Mensagem Presidencial n. 711/2007, em setembro de 2007.
- [13] Cf. MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. O §2º do art. 5º da Constituição Federal. *In*: TORRES, Ricardo Logo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 25-26.
- [14] Cf. STF, Apelações Cíveis nº 9.587, de 1951, Rel. Min. Orosimbo Nonato, e 7.872, de 1943, Rel. Min. Philadelpho Azevedo.
- [15] HC nº 72.131/RJ. Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.8.2003; ADI-MC nº 1.480/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18.5.2001. HC nº 81.139/GO, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 19.8.2005; HC nº 79.870/SP, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 20.10.2000; HC nº 77.053/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa; DJ 4.9.1998; RE nº 206.482/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 5.9.2003; RHC nº 80.035/SC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.8.2001.
- [16] Em 06/11/1992, por meio do Decreto n. 678/92.
- [17] STF, Plenário, HC nº 72.131/RJ (Rel. p/ acórdão Min. Moreira Alves). No mesmo sentido, vide ADI nº 1.480-3/DF, Rel. Min. Celso de Mello (j. 4.9.1997, DJ 18.05.2001); RE nº 206.482-3/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa (j. 27.5.1998, DJ 05.09.2003).
- [18] Artigo 7º. "Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente, expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar".
- [19] Algumas Constituições Brasileiras foram omissas quanto à possibilidade de prisão civil por dívida, como se constata na Constituição do Império de 1824, na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, bem como nas Emendas de 1926, e na Constituição de 1937. Já a Constituição de 1934, vedou expressamente qualquer tipo de prisão por dívidas, o que resta claro na redação de seu art. 113, nº. 30: "*Não haverá prisão por dívidas, multas ou custas*". Contudo, as constituições que a seguiram não tiveram esta mesma orientação, pois previram algumas exceções, a exemplificar: a prisão do depositário infiel e do devedor de alimentos, tendo sido estabelecido que "*Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo a do depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei*", em redação quase idêntica dos artigos 141, § 32, da Constituição de 1946, art. 150, § 17 da Constituição de 1967, e art. 153, § 17 da Emenda Constitucional no. 1, de 1969. Com a Constituição de 1988, houve uma pequena modificação no

dispositivo legal, com a supressão da expressão “na forma da lei”, ficando a redação do art. 5o., inciso LXVII, da CF/88, redigida da seguinte forma: “*não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel*”.

[20] Em 29.08.2007, ao submeter o feito ao Pleno, o Rel. Min. Marco Aurélio proferiu voto favorável à concessão da ordem, por considerar inconstitucional a prisão do depositário infiel, tendo pedido vista o Min. Celso de Mello que, em 12.03.08, acompanhou o voto do relator. Nesta ocasião, pediu vista o Min. Menezes Direito.

[28] Em 03.03.2003, o relator originário, Min. Ilmar Galvão, votou pelo não conhecimento do Recurso Extraordinário interposto por um Banco com o objetivo de impor a prisão civil em um caso de depositário infiel, os Ministros Moreira Alves e Sidney Sanchez antecipado os seus votos no sentido de conhecer e prover o recurso, tendo o julgamento sido interrompido com o pedido de vista do Min. Gilmar Mendes. Prosseguindo o julgamento, em 22.11.2006, após o voto-vista do Senhor Ministro Gilmar Mendes, que negava provimento ao recurso, no que foi acompanhado pela Senhora Ministra Cármen Lúcia e pelos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Celso de Mello. Na sessão de 12.03.08, o Min. Celso de Mello proferiu voto no sentido de negar provimento ao recurso, tendo o Min. Menezes Direito pedido vista dos autos.

[21] Fonte: Informativo STF n. 450, de 06.12.2006. Acórdão ainda não publicado, pois o julgamento ainda está pendente de recurso.

[22] Ainda não publicado.

[23] Informativo STF n. 498.

[24] Fonte: Consultor Jurídico. Leis de fora: Supremo redesenha hierarquia de tratado internacional. Disponível em <http://conjur.estadao.com.br/static/text/64644,1>. Acesso em 14.03.08.

[25] HC 92.541, julgado em 19.02.2008. Informativo n. 495, Brasília, 18 a 22 de fevereiro de 2008.

[26] Segundo o Informativo STF, o voto vencido do Min. Marco Aurélio no HC 92.541/PR foi no sentido de considerar “não ser auto-aplicável o referido dispositivo constitucional, bem como a subscrição, pelo Brasil, do Pacto de São José da Costa Rica, concedia o writ ao fundamento de que a prisão civil estaria limitada ao inadimplemento inescusável de prestação alimentícia.”

[27] Supremo concede liminar a comerciante de veículos acusada de depositária infiel. Notícias STF, Quarta-feira, 26 de Março de 2008. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=85389>. Acesso em 26 de Março de 2008.

# ANEXO I – PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

## PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO N.º ....., DE

*Altera o artigo 5º, § 3º da Constituição especificando os tratados internacionais de direitos humanos, ratificados anteriormente a 08.12.2004, que são equivalentes às emendas constitucionais.*

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do artigo 60, § 3º da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

**Art. 1º O artigo 5º, § 3º da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:**

“Art. 5º.....

§ 3º. A Declaração Universal de Direitos Humanos; a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres, a Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, a Convenção sobre os Direitos da Criança, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José) e o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador) têm hierarquia constitucional e não derogam norma de direito fundamental desta Constituição quando sejam mais restritivos. Os demais tratados 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.”

**Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.**



## Justificativa

A presente Proposta de Emenda Constitucional pretende pacificar as divergências geradas a partir da promulgação da Emenda Constitucional n.º45/2004, no tocante ao parágrafo terceiro do artigo quinto.

O Poder Constituinte Derivado Reformador, responsável pela adaptação do texto originário às necessidades do Estado Democrático de Direito brasileiro, impôs a constitucionalização formal dos tratados de direitos humanos por meio da Emenda Constitucional n.º45/2004, a fim de que essa nova exigência fomentasse o processo de efetivação de direitos compreendidos pelos tratados internacionais de que o Brasil seja parte.

Vários autores criticam a redação da Emenda 45/2004 alegando ser ela desnecessária, na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, já seriam materialmente constitucionais por meio do parágrafo segundo do mencionado artigo quinto e, portanto, exigíveis. Alega-se ainda que este expediente permite uma categorização de tratados em níveis hierárquicos legais diferenciados.

Entretanto a existência de um *bloco de constitucionalidade* não é ponto pacífico, nem na doutrina, nem na jurisprudência brasileiras, como se depreende pelo posicionamento do Supremo Tribunal Federal na questão do depositário infiel, recentemente discutida por aquela Corte em sede de *habeas corpus* que suscita uma suposta constitucionalização do Pacto de San José de Costa Rica.

A despeito da possibilidade de se considerar como materialmente constitucionais todos os tratados internacionais de direitos humanos nos termos do artigo 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988, essa premissa constitucional não surtiu os efeitos pretendidos pelo Constituinte originário quanto ao comprometimento das instâncias político-jurídicas nacionais com a proteção dos direitos humanos internacionalmente positivados.

Destarte, justifica-se a ação do Constituinte Derivado ao estabelecer necessidade expressa de formalização dos tratados para que estes tenham indiscutível *status* de norma constitucional e todos os efeitos decorrentes dessa espécie normativa. No entanto, a técnica legislativa adotada deu margem a que permanecesse a controvérsia acerca do tratamento a ser dado aos tratados assinados anteriormente à Emenda Constitucional n.º45/2004. Quanto aos demais tratados da mesma natureza, devem ser submetidos ao procedimento já previsto no artigo 5º, §3º.

Esta PEC pretende sanar os problemas suscitados pela Emenda Constitucional n.º45/2004, adotando técnica semelhante à das Constituições de outros países da América Latina que, ao estabelecerem para os tratados de direitos humanos hierarquia equivalente à das normas constitucionais, arrolam os atos internacionais dessa categoria já ratificados e que comportam a imediata constitucionalização.

Toma-se por premissa que tratados de direitos humanos são os atos internacionais que reconhecem positivamente um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, buscam concretizar as exigências da dignidade, da liberdade, da igualdade, da fraternidade e da solidariedade em todos os níveis, protegendo a pessoa humana, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional e carregado de um inequívoco caráter cosmopolita (conceito tratado internacional de direitos humanos *stricto sensu*). A listagem proposta nesta PEC atende a este conceito. Assim, não se pretende negar a possibilidade de haver inserções e/ou inclusões posteriores, por parte dos órgãos Legislativos, de outros tratados já ratificados no nível infraconstitucional antes do advento da Emenda 45/2004.

A escolha dos tratados constantes na presente PEC baseia-se no entendimento de que há **duas categorias de tratados internacionais referentes aos direitos humanos:**

- a) **tratados internacionais de direitos humanos *strictu sensu*** – dentre eles foram priorizados os atos internacionais do sistema universal por sua amplitude, se comparados aos tratados do sistema regional. Além disso, entende-se que não seria cabível a priorização dos tratados de direito dos refugiados, por possuírem um objeto bastante específico, ligado à dimensão da proteção dos direitos humanos em caso de conflitos ou situações climáticas e econômicas severas, ou seja, em situações excepcionais. Pelo mesmo motivo optou-se por idêntica recomendação de não priorizar os tratados internacionais de direito humanitário. Quanto ao sistema regional, recomenda-se a priorização somente daqueles de maior abrangência, em consonância com os marcos teóricos pré-estabelecidos.

Indica-se, para esse fim, os seguintes tratados: *Declaração Universal de Direitos Humanos; a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres, a Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, a Convenção sobre os Direitos da Criança, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José) e o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador).*

- b) **tratados internacionais que não abordam estritamente os direitos humanos, embora tenham relevância para o tema** – não constam desta proposta. Neste sentido exemplificamos:

- o Estatuto do Tribunal Penal Internacional não tem caráter de tratado internacional especificamente de direitos humanos, pois é ato internacional cujo objeto é a regulamentação de uma corte internacional, e não o reconhecimento de direitos como obrigação imposta aos Estados. Além disto, o compromisso

brasileiro com sua criação e funcionamento já foi contemplado nos termos do artigo 5º, § 4º, da Constituição Federal de 1988, com a redação dada pela Emenda 45/2004, estando, portanto, fora do interesse do parágrafo terceiro deste mesmo artigo.

- não devem ser considerados tratados internacionais de direitos humanos aqueles que criam, regulamentam, estabelecem competências para as organizações internacionais, como a Carta da ONU e a Carta da OEA. Esses documentos são cartas constitutivas daquelas organizações. Tampouco a Declaração de reconhecimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, já internalizada por meio do Decreto n. 4.463/2002, está na categoria de tratado internacional de direitos humanos *stricto sensu*, por tratar-se simplesmente de ato de adesão à jurisdição daquele tribunal internacional.
- Não se recomenda tampouco a priorização dos tratados de direitos humanos de conteúdo procedimental, notadamente os *protocolos facultativos*, tendo em vista que seu conteúdo demanda regulamentação infraconstitucional, especialmente no âmbito administrativo, ou seja, possui caráter mais propriamente instrumental, no sentido da criação de mecanismos de proteção, do que conteúdo declaratório que gere obrigações para fins de efetivação de direitos, dentro da perspectiva do artigo 5º. da Constituição Federal de 1988.

Considerou-se importante, ainda, enfatizar no texto da presente PEC a supremacia constitucional, no sentido de que a imediata inclusão dos referidos tratados deve ser submetida aos limites impostos pelo Poder Constituinte Originário. Ou seja, quando as normas dos tratados listados sejam mais restritivas aos direitos humanos que o texto da Constituição, as últimas prevalecem.

Por fim, manteve-se o procedimento definido na Emenda Constitucional n.º 45/2004, quanto aos demais tratados internacionais de direitos humanos que não constam da lista e aos quais se pretenda conferir hierarquia constitucional.

# ANEXO II – PROPOSTAS DE MODIFICAÇÃO DOS REGULAMENTOS PROCEDIMENTAIS

a) Regimento do Senado Federal

## PROPOSTA DE RESOLUÇÃO Nº , DE

*Modifica os artigos 270, 277, 288, 376  
do Regimento Interno do Senado Federal,  
e dá outras providências.*

O Senado Federal resolve:

**Art. 1º.** O Regimento Interno do Senado Federal passa a vigorar com as seguintes alterações:

**Art. 230.** Não se admitirá emenda:

.....  
.....

**V-** Nos projetos de decreto legislativo que visem à constitucionalização de tratados internacionais de direitos humanos.

**Art. 270.** As proposições em curso no Senado são subordinadas, em sua apreciação, a um único turno de discussão e votação, salvo disposição constitucional em contrário.

**Art. 277.** Lidos os pareceres das comissões sobre as proposições, em turno único, e distribuídos em avulsos, abrir-se-á o prazo de cinco dias úteis para apresentação de emendas, findo o qual a matéria, se emendada, voltará às comissões para exame.

.....  
.....

**§2º.** Não podem ser emendados os projetos de decreto legislativo que versarem sobre a constitucionalização de tratados internacionais de direitos humanos.

**Art. 288.** As deliberações do Senado serão tomadas por maioria de votos, presente a maioria absoluta dos seus membros (Const., art. 47), salvo nos seguintes casos, em que serão:

.....  
.....

II – por voto favorável de três quintos da composição da Casa, nas hipóteses previstas na Constituição (art. 5º, §3º e 60, §2º da Constituição);

**Art. 376.** O projeto de decreto legislativo referente a atos internacionais terá a seguinte tramitação:

.....  
.....

**Art. 376- A.** O projeto de decreto legislativo que verse sobre a constitucionalização de tratados internacionais de direitos humanos terá a seguinte tramitação:

I - só terá iniciado o seu curso se estiver acompanhado de cópia autenticada do texto, em português, do ato internacional respectivo, bem como da mensagem de encaminhamento e da exposição de motivos;

II - lido no Período do Expediente, será o projeto publicado e distribuído em avulsos, acompanhado dos textos referidos no inciso I e despachado à Comissão Especial;

III - A Comissão Especial será composta por membros das Comissões de Relações Exteriores e Defesa Nacional, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania e da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, respeitada a proporcionalidade da representação partidária;

IV - A Comissão Especial deve opinar sobre o projeto no prazo de quinze dias úteis, prorrogável por igual período.

V - O parecer da Comissão Especial tem caráter terminativo;

VI - Aprovado o parecer favorável ao projeto no âmbito da Comissão Especial, a matéria será incluída na Ordem do Dia;

VII - O projeto será submetido a dois turnos de votação, devendo alcançar, em ambos, três quintos dos votos dos membros do Senado Federal;

VIII - Aprovado o decreto legislativo, será ele promulgado e publicado pelo Presidente do Senado e, por fim, encaminhado ao Presidente da República.

**Art. 2.** Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

## Justificativa

O objetivo da proposta é adequar o Regimento Interno do Senado Federal de modo a que sistemática constitucional de proteção dos direitos humanos, alterada pela Emenda Constitucional n. 45, encontre amparo regimental.

A proposta tem a finalidade de criar um procedimento legislativo especial para a apreciação, discussão e deliberação dos decretos legislativos responsáveis pela constitucionalização de tratados internacionais de direitos humanos. Tendo em vista o prescrito no parágrafo terceiro do artigo 5º da Constituição Federal, para que tratados dessa natureza tenham *status* de emenda constitucional devem passar por dois turnos de votação, em cada Casa do Congresso Nacional, sendo aprovados se obtiverem três quintos dos respectivos votos.

Para a adequação do regimento às novas imposições feitas pelo texto constitucional, mantém-se tanto quanto possível o procedimento legislativo de internalização de tratados internacionais, propondo apenas alterações que visam dar maior proteção aos direitos humanos.

O artigo 49, I, da Constituição Federal exige que o Congresso Nacional decida definitivamente sobre a incorporação dos tratados internacionais. Nesse sentido, após a assinatura do ato pelo presidente da República, este deve encaminhá-lo ao Congresso Nacional para que a deliberação parlamentar decida pela sua incorporação à ordem interna. Nesse sentido, será encaminhado à Câmara do Deputados o texto do tratado acompanhado de Mensagem Presidencial, requerendo a sua constitucionalização, por se tratar de uma norma internacional protetora de direitos humanos. Depois de seguir o procedimento definido no Regimento Interno da Câmara, em consonância com a nova imposição constitucional, será o mesmo encaminhado ao Senado Federal para apreciação, discussão e deliberação.

Cabe ao Presidente do Senado Federal, após receber o projeto de decreto legislativo aprovado pela Câmara, formar uma Comissão Especial para sua análise. Esta Comissão será necessariamente composta por membros da Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania e da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, de maneira que seja respeitada a proporcionalidade da representação partidária da Casa Legislativa.

A criação desta Comissão Especial se justifica para dar maior celeridade ao processo. Em razão da matéria que versa, o projeto de decreto legislativo em questão deveria passar pelo crivo das três Comissões acima referidas. Com a Comissão Especial permite-se que a análise seja realizada por membros representantes de cada uma delas, de uma única vez, abreviando significativamente o seu trâmite interno. Mantendo a coerência do texto regimental, determina-se que o parecer votado no âmbito da Comissão Especial tenha caráter terminativo. O prazo destinado para apreciação do projeto de decreto legislativo segue o prazo geral estabelecido no Regimento Interno do próprio Senado Federal para atuação das Comissões Especiais.

Cumprе ressaltar que não há possibilidade de apresentação de Emendas no âmbito das Comissões. A apreciação do texto significará sua total constitucionalização ou sua rejeição total. A doutrina brasileira defende a idéia de que a apresentação de Emendas, de qualquer natureza, de mérito ou conteúdo, implica na violação do Princípio da Separação, Independência e Harmonia entre os Poderes. Celso D. de Albuquerque Mello afirma que:

A emenda apresentada pelo Congresso é uma interferência indevida nos assuntos do Executivo, uma vez que só a ele competem negociações no domínio internacional, e a emenda nada mais é do que uma forma indireta pela qual o Legislativo se imiscui na negociação.<sup>19</sup>

No mesmo sentido, afirma Silvia Loureiro:

Diante da divisão de competências para a celebração de tratados internacionais, sustenta-se que a apreciação pelo Congresso Nacional deve ser feita nos exatos termos da mensagem presidencial e do texto do instrumento internacional, quer para aprová-lo, quer para rejeitá-lo em sua integralidade, de modo que a apresentação de 'emendas' deve ser interpretada como rejeição do ato internacional e, conseqüentemente, reinicia-se a fase de negociações pelo Poder Executivo.<sup>20</sup>

A admissão de alterações de mérito no âmbito do texto dos tratados internacionais poderia, inclusive, gerar o efeito de uma reserva no momento de sua constitucionalização, as quais também não são aceitas perante a melhor doutrina e tampouco pela Corte Interamericana de Direitos Humanos diante de tratados internacionais de direitos humanos<sup>21</sup>. No tocante às reservas, de acordo com Celso D. de Albuquerque Mello “a apresentação de reservas é um ato do Poder Executivo”<sup>22</sup>. Isto porque ao Presidente da República compete decidir e orientar a política externa, expressando diante da comunidade internacional as intenções e atitudes do Estado brasileiro<sup>23</sup>. Essa atribuição constitucional privativa do Chefe do Executivo federal independe de autorização ou referendo do Congresso Nacional, ao qual cabe simplesmente apreciar os tratados internacionais antes que sejam definitivamente ratificados pelo Presidente. Em relação especificamente aos tratados internacionais de

---

19 MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*, 10 ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p. 200.

20 LOUREIRO, Silvia. *Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos na Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 99.

21 De acordo com a Opinião Consultiva n. 2/82 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, os tratados sobre direitos humanos não são tratados multilaterais de tipo tradicional. Assim, ao aprovar esses tratados os Estados se obrigam não perante outros Estados, mas em relação aos indivíduos que vivem sob sua jurisdição. Disso decorre também o fato de que não seria admitido opor reservas. De acordo com Cançado Trindade: “se os governos mantiverem em mente a natureza especial dos tratados de direitos humanos, celebrados para a proteção da pessoa humana e não para o estabelecimento de concessões ou vantagens interestatais recíprocas, certamente se esforçarão eles para não formular reservas ou, quando parecerem estas necessárias e forem permissíveis, formulá-las de tal modo que não gerem problemas de interpretação e não se afigurem incompatíveis com o objeto e propósito de tais tratados.” CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. 2 ed. Brasília: UnB, 2000, p. 120 e ss

22 MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*, 10 ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p. 240, nota 59.

23 Constituição Federal de 1988, artigo 84.

direitos humanos, esses devem ser necessariamente incorporados de forma integral, não sendo possível a apresentação de reservas nem mesmo pelo Executivo.<sup>24</sup>

Em 31 de agosto de 1994, a Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados aprovou, por unanimidade, parecer do deputado José Thomaz Nonô, sobre consulta formulada pela Presidência da Casa, a respeito da “*possibilidade de o Congresso Nacional, na sua competência de referendar tratados internacionais celebrados pelo Presidente da República, fazê-lo parcialmente*”. A consulta decorreu das reservas sugeridas pelas Comissões de Relações Exteriores e de Constituição e Justiça e de Redação aos artigos 25 e 66 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

No referido parecer, o deputado José Thomaz Nonô argumentou que:

se ao Congresso é conferido o direito-dever de aprovar ou rejeitar, in toto, o texto internacional pactuado pelo Executivo, torna-se perfeitamente aceitável a tese de que ele, Congresso, detém o poder de aprová-lo com restrições: Qui potest maius potest minus.

A conclusão do deputado foi endossada pela Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados. Nela consolidou-se o entendimento de que o Congresso pode aprovar, ainda que parcialmente, tratado, acordo, convenção ou qualquer outro compromisso internacional, sobre o qual deva se pronunciar.

Antonio Cachapuz de Medeiros, analisando o posicionamento acima descrito, atenta para o fato de que os legisladores brasileiros devem considerar que a Constituição Federal de 1988 reservou ao Legislativo a resolução conclusiva dos tratados internacionais. A oposição de emendas aos textos já negociados com potências estrangeiras pelo Presidente da República faz com que os ajustes fiquem dependentes de novos acordos. O Congresso não estaria, assim, cumprindo seu dever de “*resolver definitivamente*” sobre os tratados celebrados pelo Presidente da República.<sup>25</sup>

Continua o autor afirmando que:

aceitar que o Congresso faça emendas a tratados já concluídos implicaria, por outro lado, em transferir ao Legislativo o poder de negociação e de feitura dos textos convencionais, reservado pela Constituição ao Presidente da República. O mesmo pode-se dizer da possibilidade do Congresso suprimir reservas efetuadas pelo Executivo no momento da assinatura. Constitui, igualmente, ingerência em área conferida pela Lei Maior ao Presidente da República.<sup>26</sup>

No Direito Comparado, observa-se que países filiados tradição jurídica romano-germânica, como o Brasil, não admitem a introdução de emendas pelo Legislativo aos tratados negociados pelo Executivo. São os casos, dentre outros, da Argentina, do Chile, do

---

<sup>24</sup> Cf. CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Op. cit.*, p. 120 e ss.

<sup>25</sup> MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz. *Atualização do direito dos tratados*. Disponível em: <http://eca.oab.org.br/anexos/1154543213202701520251.pdf>. Acesso em 27 de Fevereiro de 2008.

<sup>26</sup> *Idem*.



Paraguai, do Uruguai, da França e da Espanha. Pelo exposto, defende-se que os referidos tratados de direitos humanos não podem ser objeto de emendas ou reservas.

Sendo favorável o parecer da Comissão Especial, o projeto de decreto legislativo será considerado aprovado se, nos dois turnos de votação, alcançar a maioria qualificada de três quintos dos votos dos membros da Casa. Após a aprovação, cabe ao Presidente do Senado encaminhar o decreto legislativo ao Presidente da República para, via decreto presidencial, terminar, formalmente, o processo de constitucionalização do tratado internacional de direitos humanos.

**b) Regimento da Câmara dos Deputados**

**PROPOSTA DE RESOLUÇÃO Nº , DE 2008**

Modifica os artigos 34, 54, 119, 148, 151 e 202 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, e dá outras providências.

A Câmara dos Deputados resolve:

**Art. 1º. O Regimento Interno da Câmara dos Deputados passa a vigorar com as seguintes alterações:**

**Art. 34.** As Comissões Especiais serão constituídas para dar parecer sobre:

I - proposta de emenda à Constituição, projeto de código e projeto de decreto legislativo de constitucionalização de tratados internacionais de direitos humanos, casos em que sua organização e funcionamento obedecerão às normas fixadas nos Capítulos I e III, respectivamente, do Título VI;

.....  
.....

§ 3º A Comissão Especial para análise do projeto de decreto legislativo destinado à constitucionalização de tratados internacionais de direitos humanos será composta por membros da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, Comissão de Direitos Humanos e Minorias e Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional, mantida a proporcionalidade da representação partidária.

**Art. 54.** Será terminativo o parecer:

.....  
.....

III - da Comissão Especial referida no art. 34, II, acerca de ambas as preliminares, bem como daquela destinada à apreciação de projeto de decreto legislativo para constitucionalização de tratados internacionais de direitos humanos.

**Art. 119.** As emendas poderão ser apresentadas em Comissão no caso de projeto sujeito à apreciação conclusiva:

.....  
.....

**§ 5º** Não podem ser apresentadas emendas, de qualquer natureza, aos projetos de decreto legislativo destinados à constitucionalização de tratados internacionais de direitos humanos.

**Art. 148.** As proposições em tramitação na Câmara são subordinadas, na sua apreciação, a turno único, excetuadas as propostas de emenda à Constituição, os projetos de decreto legislativo para constitucionalização de tratados internacionais de direitos humanos, os projetos de lei complementar e os demais casos expressos neste Regimento.

**Art. 151.** Quanto à natureza de sua tramitação podem ser:

.....  
.....

II - de tramitação com prioridade:

.....  
.....

b) os projetos:

.....  
.....

5- de decreto legislativo para constitucionalização de tratados internacionais de direitos humanos

**Art. 202-A.** Terão *status* de emenda constitucional os tratados internacionais de direitos humanos aprovados em dois turnos, por três quintos dos votos dos membros da Casa. O projeto de decreto legislativo que verse sobre a constitucionalização de tratados internacionais de direitos humanos terá a seguinte tramitação:

I - só terá iniciado o seu curso se estiver acompanhado de cópia autenticada do texto, em português, do ato internacional respectivo, bem como da Mensagem Presidencial de encaminhamento para ser analisado de acordo com o procedimento do artigo 5º, § 3º da Constituição Federal, e da exposição de motivos;

II - lido no Período do Expediente, será o projeto publicado e distribuído em avulsos, acompanhado dos textos referidos no inciso I e despachado à Comissão Especial;

III - A Comissão Especial será composta por membros das Comissões de Relações Exteriores e Defesa Nacional, da Comissão de Constituição, Justiça e de Cidadania e da Comissão de Direitos Humanos e Minorias, respeitada a proporcionalidade da representação partidária;

IV - A Comissão Especial deve opinar sobre o projeto no prazo de dez sessões, prorrogável por igual período.

V - O parecer da Comissão Especial tem caráter terminativo;

VI - Aprovado o parecer favorável ao projeto no âmbito da Comissão Especial, a matéria será incluída na Ordem do Dia;

VII - O projeto será submetido a dois turnos de votação, devendo alcançar em ambos, três quintos dos votos dos membros da Câmara dos Deputados;

VIII - Aprovado o projeto de decreto legislativo, será encaminhado ao Senado Federal para apreciação e votação.

**Art. 2. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.**

## Justificativa

O objetivo da proposta é adequar o Regimento Interno da Câmara dos Deputados de modo que a sistemática constitucional de proteção aos direitos humanos, alterada pela Emenda Constitucional n. 45/2004 encontre amparo regimental.

A proposta tem a finalidade de criar um procedimento legislativo especial para a apreciação, discussão e deliberação dos decretos legislativos responsáveis pela constitucionalização de tratados internacionais de direitos humanos. Tendo em vista o afirmado no artigo 5º, § 3º da Constituição Federal, para que tratados dessa natureza tenham *status* de emenda constitucional devem passar por dois turnos de votação, em cada Casa do Congresso Nacional, sendo aprovados se obtiverem três quintos dos respectivos votos.

Para a adequação do regimento às novas imposições feitas pelo texto constitucional, mantém-se tanto quanto possível o procedimento legislativo de internalização dos tratados internacionais, propondo apenas alterações que visam dar maior proteção aos direitos humanos.

O artigo 49, I, da Constituição Federal exige que o Congresso Nacional decida definitivamente sobre a incorporação dos tratados internacionais. Nesse sentido, após a assinatura do ato pelo Presidente da República, este deve encaminhá-lo ao Congresso Nacional para que a deliberação parlamentar decida pela sua incorporação à ordem interna. Nesse sentido, será encaminhado à Câmara dos Deputados o texto do tratado acompanhado de Mensagem Presidencial, requerendo a sua constitucionalização, por se tratar de uma norma internacional protetora de direitos humanos.

Cabe ao Presidente da Câmara dos Deputados, após receber a Mensagem Presidencial, elaborar projeto de decreto legislativo e determinar que Comissão Especial analise a proposta. Esta Comissão será necessariamente composta por membros da Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania e da Comissão de Direitos Humanos e Minorias, respeitada a proporcionalidade da representação partidária da Casa Legislativa.

A criação desta Comissão Especial se justifica para dar maior celeridade ao processo. Em razão da matéria sobre a qual versa, o projeto de decreto legislativo em questão deveria passar pelo crivo das três Comissões acima referidas. Com a Comissão Especial permite-se que a análise seja realizada por membros representantes de cada uma delas de uma única vez, abreviando significativamente o seu trâmite interno. Mantendo a coerência do texto regimental, determina-se que o parecer votado no âmbito da Comissão Especial tenha caráter terminativo. O prazo destinado para apreciação do projeto de decreto legislativo segue o prazo geral de dez sessões estabelecido no Regimento Interno da Câmara dos Deputados para exame das proposições de matéria sob regime de prioridade.

Cumprе ressaltar que não há possibilidade de apresentação de Emendas no âmbito das Comissões. A apreciação do texto significará sua total constitucionalização ou sua

rejeição total. A doutrina brasileira defende a idéia de que a apresentação de Emendas, de qualquer natureza, de mérito ou conteúdo, implica na violação do Princípio da Separação, Independência e Harmonia entre os Poderes..<sup>27</sup>

A admissão de alterações de mérito no âmbito do texto dos tratados internacionais poderia, inclusive, gerar o efeito de uma reserva no momento de sua constitucionalização, as quais também não são aceitas perante a melhor doutrina e pela Corte Interamericana, principalmente quando se está diante de tratados internacionais de direitos humanos. No tocante às reservas, de acordo com Celso D. de Albuquerque Mello “a apresentação de reservas é um ato do Poder Executivo”<sup>28</sup>. Isto porque ao Presidente da República compete decidir e orientar a política externa, expressando diante da comunidade internacional as intenções e atitudes do Estado brasileiro<sup>29</sup>. Essa atribuição constitucional privativa do Chefe do Executivo federal independe de autorização ou referendo do Congresso Nacional, ao qual cabe simplesmente apreciar os tratados internacionais antes que sejam definitivamente ratificados pelo Presidente. Em relação especificamente aos tratados internacionais de direitos humanos, esses devem ser necessariamente incorporados de forma integral, não sendo possível a apresentação de reservas nem mesmo pelo Executivo.<sup>30</sup>

Em 31 de agosto de 1994, a Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados aprovou, por unanimidade, parecer do deputado José Thomaz Nonô, sobre consulta formulada pela Presidência da Casa, a respeito da “possibilidade de o Congresso Nacional, na sua competência de referendar tratados internacionais celebrados pelo Presidente da República, fazê-lo parcialmente”. A consulta decorreu das reservas sugeridas pelas Comissões de Relações Exteriores e de Constituição e Justiça e de Redação aos artigos 25 e 66 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

No referido parecer, o deputado José Thomaz Nonô argumentou que:

se ao Congresso é conferido o direito-dever de aprovar ou rejeitar, in toto, o texto internacional pactuado pelo Executivo, torna-se perfeitamente aceitável a tese de que ele, Congresso, detém o poder de aprová-lo com restrições: Qui potest maius potest minus.

A conclusão do deputado foi endossada pela Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados. Nela consolidou-se o entendimento de que o Congresso pode aprovar, ainda que parcialmente, tratado, acordo, convenção ou qualquer outro compromisso internacional, sobre o qual deva se pronunciar.

---

27 MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*, 10 ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p. 200 e LOUREIRO, Silvia. *Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos na Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 99.

28 MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*, 10 ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p. 240, nota 59.

29 *Constituição Federal de 1988*, artigo 84.

30 Cf. CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. 2 ed. Brasília: UnB, 2000, p. 120 e ss.

Antonio Cachapuz de Medeiros, analisando o posicionamento acima descrito, atenta para o fato de que os legisladores brasileiros devem considerar que a Constituição Federal de 1988 reservou ao Legislativo a resolução conclusiva dos tratados internacionais. A oposição de emendas aos textos já negociados com potências estrangeiras pelo Presidente da República faz com que os ajustes fiquem dependentes de novos acordos. O Congresso não estaria, assim, cumprindo seu dever de “*resolver definitivamente*” sobre os tratados celebrados pelo Presidente da República.<sup>31</sup>

No Direito Comparado, observa-se que países filiados tradição jurídica romano-germânica, como o Brasil, não admitem a introdução de emendas pelo Legislativo aos tratados negociados pelo Executivo. São os casos, dentre outros, da Argentina, do Chile, do Paraguai, do Uruguai, da França e da Espanha. Pelo exposto, defende-se que os referidos tratados de direitos humanos não podem ser objeto de emendas ou reservas.

Sendo favorável o parecer da Comissão Especial, o projeto de decreto legislativo será considerado aprovado se, nos dois turnos de votação, alcançar a maioria qualificada de três quintos dos votos dos membros da Casa. Após a aprovação, cabe ao Presidente da Câmara dos Deputados encaminhar o projeto de decreto legislativo ao Senado Federal para discussão e votação.

---

31 MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz. *Atualização do direito dos tratados*. Disponível em: <http://eca.oab.org.br/anexos/1154543213202701520251.pdf>. Acesso em 27 de Fevereiro de 2008. Acrescenta o autor que “aceitar que o Congresso faça emendas a tratados já concluídos implicaria, por outro lado, em transferir ao Legislativo o poder de negociação e de feitura dos textos convencionais, reservado pela Constituição ao Presidente da República. O mesmo pode-se dizer da possibilidade do Congresso suprimir reservas efetuadas pelo Executivo no momento da assinatura. Constitui, igualmente, ingerência em área conferida pela Lei Maior ao Presidente da República”

## REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo, Forense, 11ª ed., 1991.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos: como ficam após a reforma do Poder Judiciário? **Revista Jurídica Consulex**, ano IX, n.197, p.38-39, mar. 2005.

AYALA CORAO, Carlos M. El Derecho de los derechos humanos: la convergencia entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. **Ponencia presentada al Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional**, del 3 al 6 de octubre, Querétaro, 1994.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BATISTA, Vanessa Oliveira. Da necessidade de interação das normas de direitos fundamentais com a normativa internacional no estado contemporâneo. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 34, 02/11/2006 [Internet]. Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1343](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1343). Acesso em 12/07/2007.

\_\_\_\_\_. A integração dos tratados internacionais no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. n.80, p. 131-139, janeiro, 1995.

BIDART CAMPOS, Germán J. La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional y en la jurisdicción interna. **Ponencia presentada al Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional**, del 3 al 6 de octubre, Querétaro, 1994.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **A Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Nacional e Internacional: perspectivas brasileiras**. Brasília: Friedrich Naumann Stiftung, 1992.

\_\_\_\_\_. **A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro**. 2 ed. San José: IIDH/CICV/ACNUR/Comissão da União Européia/Governo da Suécia, 1996.

\_\_\_\_\_. 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.

\_\_\_\_\_. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil**. 2 ed. Brasília: UnB, 2000.

\_\_\_\_\_. Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels), **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International**, v.202, 1987.



Esta pesquisa reflete as opiniões dos seus autores e não do Ministério da Justiça

\_\_\_\_\_. **Princípios do Direito Internacional Contemporâneo**. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

\_\_\_\_\_. **Direito das Organizações Internacionais**. Brasília: Escopo, 1990.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**, v. I. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 1997.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto; PEYTRIGNET, G.; e RUIZ DE SANTIAGO, Jorge. **As Três Vertentes da Proteção Internacional dos Direitos da Pessoa Humana**, Brasília/San José de Costa Rica. IIDH/ACNUR/CICV, 1996.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto; e RUIZ DE SANTIAGO, Jorge. **La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el Inicio del Siglo XXI**. CIDH/ACNUR, San José de Costa Rica, 2 ed., 2003.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antón. **Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo**. Madrid: Tecnos, 1995.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. "O princípio da dignidade da pessoa humana nas Constituições abertas e democráticas". In **1988-1998: uma década de Constituição**.org. Margarida Camargo. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinión Consultiva OC-2/82** del 24 de setiembre de 1982.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Editora Moderna, 1998.

DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. **Tratados Internacionais na Emenda 45**. In: TAVARES, André Ramos. LENZA, Pedro, ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Orgs.) **Reforma do Judiciário analisada e comentada**. São Paulo: Editora Método, 2005, pp. 83-98.

FLORES, Joaquín Herrera. "Derechos Humanos, Interculturalidad y Racionalidad de Resistência". In **DIKAIOSYNE n° 12. Revista de filosofía práctica**. Universidad de Los Andes. Mérida, Venezuela. Junio de 2004.

GHAJ, Yash. "Globalização, multiculturalismo e direito". In SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

\_\_\_\_\_. **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais**. São Paulo: Manole, 2005.

LOUREIRO, Sílvia. **Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos na Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz. **Atualização do direito dos tratados**. Disponível em: <http://eca.oab.org.br/anexos/1154543213202701520251.pdf>. Acesso em 27 de Fevereiro de 2008.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Internacional Público**. 7. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1982, v. 1.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Internacional Público**, 10 ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1994.

\_\_\_\_\_. O §2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Logo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

NOGUEIRA ALCALA, Humberto. Constitución y derecho internacional de los derechos humanos. **Ponencia presentada al Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional**, del 3 al 6 de octubre, Querétaro, 1994.

ORDOÑEZ, Jaime. **Derechos fundamentales y Constitución**. Buenos Aires: Contribuciones, v.3, n.39, p. 93-105, jul./set., 1993.

PECES-BARBA, Gregório. *Derecho positivo de los derechos humanos*. Apud RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005,

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. Reforma do Judiciário e Direitos Humanos. In: TAVARES, André Ramos. LENZA, Pedro, ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Orgs.) **Reforma do Judiciário analisada e comentada**. São Paulo: Editora Método, 2005, pp. 67-81.

PRONER, Carol. **Direitos humanos e seus paradoxos: análise do sistema americano de proteção**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direitos Humanos e Constituição*, palestra proferida no **I Colóquio Internacional do Grupo de Pesquisa em Direito Público na Faculdade Nacional de Direito/UFRJ**, em 29 de Outubro de 2007.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**.. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público- Curso Elementar**. 10ª ed. São Paulo, Saraiva, 2005. 415 p.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes da. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social**. Mimeo.

SANCINETTI, Marcelo A., FERRANTE, Marcelo. **El derecho penal en la protección de los derechos humanos**. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

Esta pesquisa reflete as opiniões dos seus autores e não do Ministério da Justiça

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais, a Reforma do Judiciário e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos: notas em torno dos parágrafos 2º e 3º do art. 5º da Constituição de 1988. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, 2006 (ano XXXIII), n.º 102, p. 177-208, junho/2006.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**, 2.ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1998.

SWINARSKI, Christophe. **Direito Internacional Humanitário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. 103 p.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao Direito Internacional Humanitário**. Brasília: Escopo, 1988. 74 p.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Reforma do Judiciário: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.



