

# Os tratados internacionais de direitos humanos após a Emenda Constitucional n.º 45/2004

*The Human Rights International Treaties after the Constitutional Amendment n. 45/2004*

**ANA CRISTINA ARAÚJO AMÂNCIO**

Aluna do 8.º Período de Direito diurno da Faculdade de Direito,  
do Centro Universitário de Patos de Minas (UNIPAM)

**Resumo:** O presente trabalho tem a finalidade de estudar e aprofundar os conhecimentos sobre os tratados internacionais de direitos humanos após a emenda constitucional n.º 45/2004, uma vez que há divergências sobre o momento de incorporação desses tratados no ordenamento jurídico brasileiro, seja pelo Congresso Nacional ou pelo Presidente da República, bem como analisar os aspectos anteriores e posteriores destes quando da vigência da Emenda Constitucional n.º 45/2004.

**Palavras-chave:** Tratados internacionais. Direitos humanos. Emenda Constitucional 45/2004. Momento de validade.

**Abstract:** The present work aims at studying the knowledge about the human rights international treaties after the constitutional amendment n. 45/2004, since there are divergences about the moment of incorporation of these treaties in the Brazilian law, be it by the National Congress, or the President of the Republic, as well as analyzing their previous and ulterior aspects, at the time of the validity of the Constitutional Amendment n. 45/ 2004.

**Keywords:** International treaties; human rights; constitutional amendment n. 45/2004; validity moment.

---

## 1. Considerações iniciais

A Constituição Federal de 1988 firmou-se como um marco na democracia brasileira, momento em que houve a ruptura do Estado ditatorial e o início da preocupação com os direitos sociais e fundamentais. A partir daí, esses direitos ganharam importante relevo em um texto constitucional pormenorizado, rígido e avançado, diante da realidade que se tinha vivenciado, possibilitando, assim, a inserção dos direitos humanos neste contexto.

Depara-se, no campo internacional, com um direito globalizado. Surge por intermédio dos tratados internacionais, que se integram ao direito nacional, um instrumento básico e preponderante utilizado pelo direito internacional público para execução das suas finalidades fundamentais e humanas. Trata-se de um acordo entre Estados, regido pelo direito internacional, qualquer que seja sua denominação específica. (FERRARI, 2007, p. 31-38).

Nesse sentido, a Carta da República não só promoveu significativo avanço aos direitos fundamentais, como deu importante relevo aos direitos da humanidade, tanto que, em seu artigo 5.º, § 2.º ampliou a possibilidade da inclusão dos direitos humanos em seu texto. De acordo com este dispositivo os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

A polêmica, contudo, se inseriu no ordenamento brasileiro quando da ocorrência da reforma do judiciário oriunda da promulgação da Emenda Constitucional n.º 45 em 30 de dezembro de 2004 que, quanto aos tratados internacionais, acrescentou o § 3.º ao artigo 5.º da Carta Magna. Este dispositivo imprimiu equivalência às emendas constitucionais aos tratados internacionais que versassem sobre direitos humanos, caso fossem sancionados nas duas Casas do Congresso Nacional em dois turnos, obtendo em cada uma delas 3/5 dos votos dos respectivos membros.

Diante desse contexto, surgiram divergências sobre a situação jurídica da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos antes da emenda constitucional n.º 45/2004, bem como o momento de validade destes tratados após esta emenda no ordenamento brasileiro.

Assim, tendo em vista a segurança jurídica e a relevância dessas normas no Brasil, um estudo a respeito do tema é de fundamental importância jurídica, consoante a discussão acerca do momento de vigência dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Para que se pudesse esclarecer tal divergência, fez-se necessário expor aspectos históricos sobre os direitos humanos e os direitos fundamentais, bem como analisar o procedimento de elaboração desses tratados internacionais e as divergências doutrinárias.

Preliminarmente, para tanto, serão desvendados os aspectos ensejadores dos direitos humanos na conjuntura mundial, bem como a inserção destes no Brasil diante da Constituição Federal de 1988. Apresentado este contexto, abordar-se-á todo o trâmite percorrido pelos tratados internacionais, em especial os que tratam dos direitos humanos, bem como a incorporação deste no ordenamento brasileiro, após a inserção do § 3.º no artigo 5.º pela Emenda Constitucional n.º 45/2004.

Percorrido este caminho, o entendimento do processo legislativo para a promulgação da emenda constitucional possibilitará o conhecimento do momento de validade desta, para que posteriormente, se possa comparar o momento de inserção dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil.

A respeito deste estudo, o artigo, a fim de esclarecer a divergência suscitada acima, analisará a hierarquia e o momento de validade dos tratados internacionais de direitos humanos após a emenda constitucional n.º 45/2004, levando-se em conta a promulgação do Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009.

## 2. *Tratados internacionais de direitos humanos*

### 2.1. *Direitos Humanos*

A dignidade humana, na linguagem filosófica, é entendida como “o princípio moral de que o ser humano deve ser tratado como um fim e nunca como um meio” (DINIZ, 1998, p. 150), sendo, portanto, um direito essencial.

Comumente, vislumbra-se a confusão entre os direitos humanos e o direito fundamental, usando-se estes como sinônimos, porém, pertinente se faz uma distinção entre esses dois institutos, apesar de reconhecer-se a íntima relação existente entre os mesmos. O termo *direitos fundamentais* é empregado para aqueles direitos do homem reconhecidos positivamente no Estatuto Político de um determinado Estado, enquanto que a expressão *direitos humanos* diz respeito àqueles direitos constantes de documentos internacionais, recepcionados ou não pelo nosso ordenamento jurídico. E estes por sua vez vão embasar este artigo (ROCHA, 2006, p. 39).

Para a inserção dos direitos humanos no contexto mundial pode-se falar em três ápices da revolução desses direitos: o Iluminismo, a Revolução Francesa e o término da Segunda Guerra Mundial. Com o primeiro foram ressaltados a razão, o espírito crítico e a fé na ciência, partir de um movimento que procurou chegar às origens da humanidade como a observância ao homem natural. A Revolução Francesa deu origem aos ideais representativos dos direitos humanos, a liberdade, a igualdade e a fraternidade. Os homens, apesar dos empecilhos de ordem econômica, eram iguais ao menos em relação à lei. Por fim, com a Segunda Guerra Mundial, os homens começaram a desenvolver a consciência da necessidade da prevenção dos arbítrios do Estado. Isto culminou na criação das Nações Unidas e na elaboração de inúmeros tratados internacionais de Direitos Humanos, bem como na Declaração Universal dos Direitos do Homem, que abriu as portas para a disseminação dos direitos da humanidade.

O Brasil demorou a ratificar a promulgação dos Pactos de Direitos Internacionais de Direitos Humanos, mas isso se explica devido ao Estado Ditatorial em que se vivia. Nesse tempo não interessava um comprometimento internacional para a não-violação dos direitos humanos, nem tão pouco a comunicação desses maus-tratos aos outros Estados (JUBILUT, 2002, p. 49-50).

Hoje, porém, a Constituição Federal de 1988, além de inserir os direitos humanos como direitos fundamentais intangíveis, adotou o constitucionalismo do futuro, os chamados direitos humanos de terceira dimensão, que se identificam pela verdade, solidariedade, continuidade, participação, integração e pela universalidade. Nesse sentido destaca-se:

A Carta de 1988 pode ser concebida como o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil. Introduz indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira. A partir dela, os direitos humanos ganharam relevo extraordinário, situando-se a Carta de 1988 como o documento mais abrangente e por-

menorizado sobre os direitos humanos jamais adotado no Brasil (PIOVESAN, 2003, p. 218).

Vislumbra-se com o acréscimo do § 3.º ao art. 5.º da Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional n.º 45/2004 a incorporação dos direitos humanos de terceira dimensão. Assim, historicamente a Carta Magna destaca-se como uma das Constituições mais avançadas do mundo em respeito à matéria de direitos fundamentais e proteção aos direitos humanos.

## 2.2. *Tratados internacionais*

Entre os doutrinadores há uma ampla divergência acerca das denominações apresentadas aos documentos firmados entre os sujeitos do Direito Internacional. Entretanto, qualquer que seja a denominação usada, o ato internacional deve ser formal, com teor definido, escrito, regido pelo Direito Internacional e com partes que sejam necessariamente pessoas jurídicas de Direito Internacional Público. Nesse mesmo parâmetro, tem-se que

a expressão *tratado* foi escolhida pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, como termo para designar, genericamente, um acordo internacional, qualquer que seja sua denominação específica. Tratado seria o ato bilateral ou multilateral ao qual se deseja atribuir especial relevância política. Nessa categoria se destacam, por exemplo, os tratados de paz e amizade e os tratados de amizade e cooperação (MARQUES, 2007, p. 8).

Do conceito dado por Marques infere-se a existência de pessoas internacionais que voluntariamente realizam atos de vontade, concretizando-os em acordos escritos para a produção de efeitos na esfera dos envolvidos. Assim, os tratados devem produzir certezas e não podem ser fontes de novas e infundáveis disputas, ainda que a possibilidade de ocorrê-las esteja longe de suas práticas.

### 2.2.1. *Processo de elaboração*

Assim como as normas vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, para que um tratado possa ser elaborado, este depende da habilitação de seus agentes, do consentimento sem vícios e do objeto lícito e possível.

Os agentes habilitados para o procedimento negocial, ou seja, aqueles que recebem a carta de plenos poderes estão versados na Convenção de Viena e podem ser representados por Chefes de Estado e de Governo, figuras que se confundem no governo presidencialista. Este ato negocial também pode ser realizado pelo plenipotenciário, constituído na pessoa de um ministro de Estado responsável pelas relações exteriores em qualquer sistema de governo. E finalmente, pelas delegações nacionais que se insti-

tuem na pessoa de um chefe da delegação, não necessariamente um diplomata, que tem a função de intervir na fase negocial do tratado internacional (RESEK, 2009, p. 34-38).

Para a elaboração, também deve haver o consentimento mútuo para a validação dos tratados internacionais:

O consentimento é a aquiescência dos sujeitos de Direito Internacional aos termos acordados durante a negociação e se expressa por meio da assinatura dos signatários. A assinatura do tratado perfaz de forma definitiva o compromisso entre pactuantes independentemente da estipulação ou não de *vacations legis* (NEVES, 2009, p. 24).

Outro requisito de validade dos tratados diz respeito ao objeto que deve ser materialmente possível e lícito, consoante os princípios e regras internacionais. Nesses parâmetros normalmente os acordos devem ser registrados e depositados no secretariado da ONU.

A estrutura dos tratados basicamente é composta de preâmbulo, parte dispositiva e, eventualmente, de anexos. Dessa forma, o preâmbulo descreve e qualifica as partes e as considerações que o ensejam. Por sua vez, a parte dispositiva ordena os artigos, e os anexos, caso existam, complementam o documento com esclarecimentos em forma de gráficos, fórmulas, entre outros.

Os tratados internacionais que tratam de direitos humanos têm aspecto formal e são solenes, ou seja, têm um processo mais longo para sua formação. Esse procedimento é composto de negociação, assinatura, aprovação legislativa e ratificação ou adesão. Nesse sentido, todo tratado inicia-se com a negociação bilateral entre dois Estados, com a troca de cartas, ou multilateral, envolvendo mais de dois Estados, com uma conferência diplomática.

Nos tratados solenes, como é o caso dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento brasileiro, a assinatura representa uma fase em que há o reconhecimento do texto negociado. Os representantes dos Estados assinam o tratado concluído, autenticando o texto, mas não obrigam internacionalmente o Estado por essa assinatura.

O ato internacional pode entrar em vigor no Brasil em dois momentos distintos, quais sejam: na data da troca de notificações em que cada parte contratante notifica a outra do cumprimento dos requisitos exigidos pelo seu ordenamento para a aprovação do ato, que é o procedimento mais usual, na troca de instrumentos de ratificação, desejando-se conferir solenidade à entrada em vigor de um tratado; e também, por cumprimento de condição pré-estabelecida, que ocorre em atos multilaterais. “Nesse caso, a Divisão de Atos Internacionais aguardará a entrada em vigor internacional do ato, para então providenciar os trâmites de sua promulgação e publicação” (MARQUES, 2007 p. 9).

Toda negociação de ato internacional deve ser acompanhada por funcionário diplomático, segundo o art. 1.º, III, do Anexo do decreto n.º 2.246, de 06.06.97, que aprova a estrutura regimental e indica a natureza e competência do Ministério das Relações Exteriores. Assim, o texto final do ato internacional deve ser aprovado, do prisma

jurídico, pela Consultoria Jurídica, e, sob o aspecto processual, pela Divisão de Atos Internacionais e, em sendo aprovado, realizam-se a revisão e a produção dos textos nos diversos idiomas, bem como a feitura dos atos originais a serem assinados.

### ***2.2.2. Incorporação dos tratados internacionais no ordenamento brasileiro***

Em regra, todos os atos bilaterais ou multilaterais, como os tratados internacionais de direitos humanos, estão sujeitos, por determinação constitucional, à aprovação pelo Congresso Nacional. Para que isso ocorra, de acordo com as competências elencadas no endereço eletrônico do Ministério das Relações Exteriores, o ministro das relações exteriores submete exposição de motivos sobre o assunto ao Presidente da República, acompanhada de mensagem ao Congresso, com cópias autênticas do original em português (2010, p. 2).

Aprovada e assinada a mensagem, pelo Presidente da República, o ato é encaminhado para avaliação pelas Comissões de Constituição e Justiça e de Relações Exteriores e por outras comissões e, posteriormente, para exame e sanção, sucessivamente, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, que em sendo sancionado, realizará o decreto legislativo. Depois disso, o mesmo é submetido à anuência do Presidente da República que enviará uma Carta de Ratificação, ou seja, será feita a promulgação por decreto presidencial, seguida da publicação do texto.

No Brasil, os tratados firmados pelos representantes passam pela negociação e assinatura, e dependem de aprovação legislativa, caso acarretem encargos ou compromissos gravosos, para depois serem ratificados internacionalmente, como se pode vislumbrar.

Ademais, quando o texto for ratificado, significa dizer que o país copartícipe de um tratado expressa, em definitivo, sua vontade perante a comunidade internacional. Neste momento o tratado internacional adquire executoriedade, no plano do direito positivo interno, com estrita relação com as leis ordinárias. Importante salientar que os atos internacionais podem ser acompanhados desde sua elaboração pelo país ratificador, ou mesmo apenas serem aderidos, uma vez que o mesmo não participou das negociações iniciais. Esse procedimento é realizado quanto aos tratados internacionais de direitos humanos a que o Brasil apenas adere. Assim, após esse ato há o início da produção de efeitos no âmbito internacional entre país ratificador e o país ratificante.

Quando da aderência ao tratado internacional, o Brasil, para que este produza efeitos internamente, deve realizar o decreto presidencial e, em se tratando de tratado internacional de direitos humanos, tem-se um procedimento mais solene para que posteriormente esse tratado seja inserido no ordenamento jurídico.

Assim, para que haja a incorporação do tratado internacional de direitos humanos, estes dependem de prévia sanção do Congresso Nacional, em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros, em cada uma de suas casas. Caso haja a sanção do tratado, o ato é remetido para o Presidente da República, que finalmente o promulgará e realizará o decreto presidencial.

Contudo, importante mencionar que o trâmite para a incorporação dos tratados internacionais que versam sobre os direitos humanos no Brasil se refere a um procedimento costumeiro, em que não há nenhuma norma jurídica que assim o defina.

No Brasil a Constituição Federal de 1988 estabeleceu que é de competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, bem como estabelece que compete privativamente ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos ao referendo do Congresso Nacional.

Observa-se, assim, que primeiro ocorre a celebração do tratado, convenção ou ato internacional pelo Presidente da República, para depois, e internamente, o Parlamento decidir sobre a sua viabilidade. Com a anuência do Congresso Nacional elaborase o decreto legislativo, que referencia e aprova a decisão do chefe do executivo, dando condições para que o Presidente da República dê aderência ao ato já em andamento, que é feito com o depósito, nos tratados referentes aos direitos internacionais. Este ato assegura a obrigatoriedade do Estado no âmbito internacional. Desta feita, o Presidente da República, mediante decreto presidencial, promulga e publica o tratado ou ato internacional; e assim, estes adquirem executoriedade no plano do direito positivo interno (LENZA, 2010, p. 491-494).

### *3. Emendas constitucionais*

A Constituição Federal estabelece uma hierarquia entre as normas constitucionais, sendo que cada espécie normativa atuará dentro de sua competência. Dentre essas normas, as emendas constitucionais, oriundas do poder derivado reformador, dentro das limitações previstas na própria Carta Magna, têm o condão de alterar o trabalho do poder constituinte originário, fazendo acréscimos, modificações ou supressões do texto constitucional. Nesse sentido a doutrina entende que

a emenda à Constituição Federal, enquanto proposta, é considerada um ato infraconstitucional sem qualquer normatividade, só ingressando no ordenamento jurídico após sua aprovação, passando então a ser preceito constitucional, de mesma hierarquia das normas constitucionais originárias. Tal fato é possível, pois a emenda à constituição é produzida segundo uma forma e versando sobre conteúdo previamente limitado pelo legislador constituinte originário. Dessa maneira, se houver respeito aos preceitos fixados pelo art. 60 da Constituição Federal, a emenda constitucional ingressará no ordenamento jurídico com status constitucional, devendo ser compatizada com as demais normas originárias (MORAIS, 2008, p. 661).

Para que uma emenda constitucional possa alterar a Constituição Federal, deve haver uma iniciativa concorrente ou privativa por pessoas elencadas no próprio texto constitucional, quais sejam: de no mínimo um terço dos membros da Câmara dos De-

putados ou do Senado Federal; do Presidente da República; de mais da metade das Assembleias legislativas das unidades da Federação, manifestando, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

Após a sua propositura, a emenda constitucional será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, *quorum especial*, somente, considerando-se sancionada se obtiver em ambas as casas votantes 3/5 dos votos dos respectivos membros. Nesse sentido, importante ressaltar que

aprovado por uma casa não pode ser modificado pela outra sem que a matéria volte para a apreciação da Casa iniciadora. O Congresso Nacional tem utilizado a técnica da PEC Paralela, ou seja, a parte que não foi modificada é promulgada e a parte da PEC modificada volta para reanálise, e como se fosse uma nova EC, para a Casa iniciadora. A não observância deste requisito formal caracterizará o vício de inconstitucionalidade. (LENZA, 2010, p. 467).

Desta feita, a emenda constitucional passará para a fase de promulgação que será realizada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, inexistindo sanção ou veto presidencial. Em seguida, será publicada com o respectivo número de ordem, numeral indicativo da quantidade de vezes que a Constituição foi alterada pelo poder constituinte derivado desde a sua promulgação em 1988.

Entretanto, em determinadas circunstâncias o poder constituinte originário vedou a alteração do texto original, em decorrência da gravidade e anormalidade institucionais ou na confrontação de vedações materiais de núcleo intangível, comumente, denominadas de *clausulas pétreas*.

A doutrina pacificamente costuma dividir as limitações do poder reformador em temporais, circunstanciais e materiais. As limitações temporais “não são comumente encontráveis na história constitucional brasileira. Só a Constituição do Império estabeleceu esse tipo de limitação” (SILVA, 2006, p. 65). Por sua vez, as limitações circunstanciais impedem que a constituição seja alterada quando da ocorrência de intervenção federal, de estado de sítio, ou de estado de defesa. Já as limitações materiais vedam expressamente a exclusão de determinadas matérias ou conteúdos tidos como núcleo intangível da Constituição Federal, quais sejam, a forma federativa de Estado, a separação dos poderes, o voto direto, secreto, universal e periódico, e os direitos e garantias individuais.

Assim, como a vedação circunstancial e material existente perante as emendas constitucionais, os tratados internacionais que versem sobre os direitos humanos e recebam *status* de emendas também não podem trazer em seu texto nenhuma forma contrária ao estabelecido no texto constitucional originário, sob pena de inconstitucionalidade.

#### **4. Hierarquia e momento de validade dos tratados internacionais de direitos humanos após a Emenda Constitucional n.º 45/2004.**

##### **4.1. Hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional n.º 45/2004**

Tratando-se de critérios para solução de conflitos de hierarquia, importante tentar para a supremacia constitucional decorrente de a Constituição ser a lei fundamental de um sistema jurídico. O Brasil adotou o sistema no qual há a existência de normas subordinadas, denominadas infraconstitucionais e subordinantes, que são as constitucionais. Assim, da superioridade normativa infere-se a hierarquia, sendo que “nenhuma norma de hierarquia inferior pode estar em desconformidade com as normas e princípios constitucionais, sob pena de inexistência, nulidade, anulabilidade ou ineficácia” (CANOTILHO, 2003, p. 256).

Do artigo 5.º em seus §§ 1.º e 2.º da Constituição Federal infere-se que os direitos garantidos nos tratados internacionais de direitos humanos em que o Brasil é parte se inserem no elenco dos direitos fundamentais, tendo aplicação imediata no âmbito interno. A indagação surge quanto à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional n.º 45/2004, como por exemplo, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir Tortura, em 20 de julho de 1989, a Convenção sobre Direitos da Criança, de 24 de janeiro de 1992, dentre outros, em que não foram aprovados com *quorum* especial, não obtendo assim, equivalência às emendas constitucionais. Nesse sentido menciona-se importante questionamento:

Portanto, a discussão que se mantém e que parece ser a grande questão sobre esses instrumentos internacionais de direitos humanos gravita em torno do patamar ocupado por tais instrumentos no direito brasileiro. E o ponto nevrálgico de divergências em torno dos tratados internacionais de direitos humanos é o seguinte: continuarão estes sendo concebidos como normas infraconstitucionais, conforme se depreende do entendimento do Supremo Tribunal Federal? Ou poderão assumir o status de leis constitucionais, mesmo não tendo sido submetidos ao procedimento qualificado, previsto pelo § 3.º do artigo 5.º? (MOREIRA, 2007, p. 127).

Para a resolução dessa indagação conta-se com o entendimento do Supremo Tribunal Federal que, no HC n.º 87.585, tendo como Relator o Ministro Marco Aurélio, em 03-12-2008, posicionou-se que os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional n.º 45 teriam *status* de supralegalidade e não de infraconstitucionalidade, entendimento este consagrado pelo STF em julgamentos anteriores. Ao posicionar-se pela supralegalidade houve a revogação da Súmula 619 do STF, conforme se vislumbra em julgado do STF:

[...] A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7.º, n. 7). Caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e o sistema de prote-

ção dos direitos básicos da pessoa humana. – Relações entre o direito interno brasileiro e as convenções internacionais de direitos humanos (CF, art. 5.º e §§ 2.º e 3.º). Precedentes. – Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento positivo interno do Brasil: natureza constitucional ou caráter de supralegalidade – Entendimento do Relator, Min. CELSO DE MELLO, que atribui hierarquia constitucional às convenções [...] (HC 96772-SP, 2ª Turma do STF, por unanimidade, DJ 20.08.2009. p. 00811).

Esses tratados anteriores só poderiam alcançar o patamar de normas constitucionais se passassem pelo procedimento acrescido pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, descrito no parágrafo 3.º do artigo 5.º da Constituição Federal, *quorum* qualificado; ao contrário continuariam a se enquadrar no entendimento do STF. Entretanto, a Emenda Constitucional n.º 45/2004 não faz nenhuma menção quanto aos tratados anteriores a essa emenda em relação aos direitos humanos e somente permite que o Congresso Nacional, a qualquer momento, atribua aos tratados de direitos humanos o caráter de emenda constitucional.

Apesar de não aceito pelo STF, Flávia Piovesan, (2006, p. 72-73) traz importante interpretação sobre o tema:

Com o advento do § 3.º do art. 5.º surgem duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais. Frisa-se: todos os tratados de direitos humanos são materialmente constitucionais por força do § 2.º do art. 5.º. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do § 3.º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se a emendas à Constituição, no âmbito formal.

Portanto, é supralegal o fato de a hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos não submetidos ao *quorum* qualificado do § 3.º do art. 5.º da Carta Magna serem considerados abaixo da Constituição e acima de toda a legislação ordinária, ou seja, é infraconstitucional, apesar de a doutrina apresentar inúmeras críticas a esse posicionamento.

#### ***4.2. Momento de validade dos tratados internacionais de direitos humanos posteriores à Emenda Constitucional n.º 45/2004.***

No Brasil, o processo de incorporação dos tratados internacionais se dá, costumeiramente, por meio da celebração do tratado pelo Presidente da República. Posteriormente, havendo a anuência o Congresso Nacional, elabora-se o decreto legislativo, que é o instrumento adequado para referendar e aprovar a decisão do Chefe do Executivo. Com o objetivo de que esse tratado adquira executoriedade no ordenamento interno, o Presidente da República mediante decreto presidencial promulga o texto, publicando-o. Entretanto, em sendo tratado internacional que verse sobre direitos huma-

nos, estes devem submeter-se ao procedimento especial, ou seja, serem aprovados por 3/5 dos votos dos membros, em cada casa do Congresso Nacional e em dois turnos de votação, equivalendo-se, assim, às emendas constitucionais.

Por sua vez, as emendas constitucionais, para vigorarem no ordenamento brasileiro, precisam ser sancionadas em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por 3/5 dos respectivos membros, e logo depois serem promulgadas pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, independentemente de veto ou sanção do Presidente da República.

Cumpra assinalar, assim, a divergência de qual o momento em que os tratados internacionais sobre direitos humanos entram em vigor no Brasil, já que quando aprovados pelo *quorum* qualificado das emendas, eles equivalem a estas.

Para parte da doutrina o momento de validade dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos seria quando o Congresso Nacional sanciona o tratado, em cada uma das suas respectivas casas, em dois turnos, por 3/5 de seus membros e, posteriormente, promulga-o, seguindo assim, o procedimento da emenda constitucional. Por contraposto, outra parte da doutrina posiciona-se no sentido de que os tratados internacionais sobre direitos humanos são válidos no ordenamento brasileiro quando além de aprovados pelo Congresso Nacional são, também, promulgados pelo Presidente da República, por meio do decreto presidencial, seguindo desse modo o mesmo procedimento dos tratados internacionais.

Para esclarecer essa divergência, importante mencionar o Decreto Legislativo n.º 186, de 09/07/2008:

o Decreto Legislativo n.º 186, de 09/07/2008, aprovou o texto da Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, tendo se constituído na primeira norma internacional sobre direitos humanos aprovada no Brasil de acordo com o regramento do § 3.º, art. 5.º/CF (SILVA NETO, 2010, p. 634).

Em análise a esse decreto pode-se vislumbrar todas as fases para que o tratado internacional que verse sobre direito humanos possa ser incorporado no Brasil. Assim, tem-se que o Presidente da República submeteu o texto internacional à análise do Congresso Nacional, que por sua vez aprovou, por meio do Decreto Legislativo n.º 186, de 9 de julho de 2008, conforme o procedimento do § 3.º e do art. 5.º da Constituição, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.

O governo brasileiro depositou o instrumento de ratificação dos referidos atos junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas em 1º de agosto de 2008, concluindo a fase de troca ou depósito dos instrumentos de ratificação pelo órgão do poder executivo em âmbito internacional.

Finalmente, o tratado, acordo ou ato internacional adquiriu executoriedade no plano do direito positivo interno, quando o Presidente da República, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso VIII, promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinada em Nova

York, em 30 de março de 2007, por intermédio do decreto presidencial n.º 6949 de 25 de agosto de 2009, publicando-o.

### *5. Considerações finais*

Em conclusão ao trabalho sobre os tratados internacionais de direitos humanos após a emenda constitucional n.º 45/2004, percebe-se ampla divergência nos entendimentos doutrinários sobre o momento de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento brasileiro.

A Constituição Federal de 1988, marco jurídico do reencontro da nação com a democracia, após longo período de arbítrio com o golpe militar, provou grande avanço quanto aos direitos e garantias fundamentais, evidenciando o compromisso com a promoção dos direitos humanos.

Com efeito, a reforma da Carta Magna realizada pela Emenda Constitucional 45/2004, com a introdução do § 3.º ao art. 5.º salienta a intenção do constituinte derivado de priorizar e fortalecer a proteção dos direitos da pessoa humana. Contudo, não foi bem sucedida, no que tange ao debate acerca da hierarquia e validade da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos, pois o texto remete a ambiguidades comprometendo a segurança jurídica.

Ressalta-se, finalmente, após diversas pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, a possível resolução para esse conflito, já que o Brasil, ao promulgar o Decreto n.º 6949 de 25 de agosto de 2009, elucida a questão que por tantos anos deu margem a dúvidas sobre o momento de incorporação dos tratados internacionais que versassem sobre os direitos humanos. Desse modo, o primeiro tratado internacional sobre direitos humanos incorporado no Brasil trouxe em seu texto todo o trâmite para essa inserção, possibilitando uma análise de todo o processo legislativo percorrido, bem como a visualização do momento de validade no Brasil.

Assim, os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos somente são válidos e produzem efeitos no ordenamento jurídico interno após a promulgação pelo Presidente da República por meio do decreto presidencial, seguida da publicação do texto em português no Diário Oficial. Neste momento o tratado internacional adquire executoriedade no plano do direito positivo interno, diferentemente das emendas constitucionais que entram em vigor e produzem seus efeitos logo após serem sancionadas em cada casa do Congresso Nacional pelos seus respectivos membros, em dois turnos, por 3/5 dos respectivos membros, e posteriormente, promulgadas pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, como respectivo número de ordem, independentemente do veto ou sanção do Presidente da República.

## Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – 2ª turma. Prisão Civil. Depositário judicial. Revogação da Súmula 619/STF. *Habeas-corpus* n.º 96772, Relator Ministro Celso de Mello, j.09/06/2009. DP, 21/08/2009.

CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. 4 ed. São Paulo: Saraiva 1998.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Critérios científicos para a solução dos conflitos entre tratados internacionais e a Constituição Federal. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 855, ano 96, p. 31-38, jan. 2007.

JUBILUT, L. Direito internacional e direitos humanos, in: ALMEIDA, Guilherme Assis de; MOISES, Claudia Perrone (coord.). *Direito Internacional dos Direitos Humanos: instrumentos básicos*. São Paulo: Atlas, 2002.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14 ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010

MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. Tratados Internacionais: o ordenamento jurídico nacional e seu sistema de recepção. *Revista Pratica Jurídica*, v. 6, n. 67, ano VI, out. 2007, p. 8-9.

MINISTERIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *Conheça o ministério*. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/o-ministerio/conheca-o-ministerio>. Acesso em: 06 set.2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MOREIRA, Nelson Camatta. A interpretação dos tratados internacionais de direitos humanos a partir da emenda n.º 45. *Revista de Estudos Criminais*. Publicação conjunta do programa de pós-graduação em ciências criminais da PUCRS, v. 7, ano VII, n. 25, 2007.

NEVES, Gustavo Bregalda. *Direito internacional público e privado*. 3 ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2009.

PIOVESAN, Flávia. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. *Revista de Direitos Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 45, ano 11, p. 218, out./dez. 2003.

\_\_\_\_\_. Reforma do Judiciário e direitos humanos, in: TAVARES, André Ramos et al. *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Método, 2006, p. 72-73.

RESEK, José Francisco. *Direito Internacional público: curso elementar*. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. A reforma do Judiciário e os Tratados sobre Direitos Humanos. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 852, ano 958, p. 39, out. 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA NETO, Manoel Jorge. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.