

## A VINCULAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL AO PROCEDIMENTO QUALIFICADO DO ART. 5º, § 3º, DA CF

Fernando César Costa Xavier\*

Com a Emenda Constitucional nº 45/2004 (que instituiu a chamada "Reforma do Judiciário"), várias mudanças foram operadas no ordenamento constitucional brasileiro. Dentre elas, passou a ser regulado o status jurídico que teriam os tratados de direitos humanos que fossem incorporados pelo Brasil em conformidade com o regramento trazido pelo § 3º que foi acrescido ao art. 5º da CF.

Segundo este novo dispositivo constitucional, “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”. Assim sendo, se obedecido o referido trâmite, com observância para o quórum qualificado de 3/5 (três quintos), os tratados ingressariam na ordem jurídica interna com status *constitucional* (ou, o que é dizer o mesmo, *com status equivalente às emendas constitucionais*).

Vale lembrar que, antes dessa reforma, o art. 5º já continha um outro parágrafo (o § 2º) que dispunha que “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”.

De acordo com vários autores renomados (dentre os quais Antônio Augusto Cançado Trindade, Flávia Piovesan, Ingo Wolfgang Sarlet, Saulo José Casali Bahia, Ricardo Lôbo Torres), esse parágrafo § 2º, estabelecido pelo constituinte originário, já permitiria afirmar que os tratados de direitos humanos a que o Brasil aderisse formalmente seriam incorporados ao ordenamento pátrio com *status* [ao menos] *materialmente constitucional*, uma vez que, segundo esse parágrafo, o índice dos direitos e garantias constitucionais seria “aberto” e permitiria ser complementado pelo conteúdo de tratados que, dispendo sobre direitos humanos, se harmonizassem materialmente com a Constituição brasileira.

Mas se o § 2º já permitia a interpretação de que tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil teriam status constitucional, por que haveria sido editado o § 3º,

---

\* Doutor em Relações Internacionais e Desenvolvimento Regional (UnB); Mestre em Direitos Fundamentais e Relações Sociais (UFPA); Bacharel em Direito (UFPA). Professor Adjunto da Universidade Federal de Roraima (UFRR).

aparentemente pleonástico?

Oscar Vilhena Vieira (2004), a respeito, sustenta que o novo dispositivo teria aparecido para pôr fim a uma controvérsia na doutrina e, principalmente, na jurisprudência acerca do *locus* dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

Para Dirley da Cunha Júnior (2008), aquela interpretação extensiva sustentada pelos renomados autores não encontrava aceitação na Suprema Corte brasileira, a qual se mantinha guiada, mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, por uma jurisprudência firmada em 1977 (no julgamento do RE nº 80.004), segundo a qual um tratado, independente da matéria sobre a qual versasse, deveria ser considerado como equivalente a lei federal, isto é, teria *status legal*. Assim, o acréscimo do § 3º se revelaria “útil” para tornar expressa a intenção do constituinte reformador de sepultar de vez o entendimento do Supremo Tribunal Federal que se inclinava pelo *status legal* de todos os tratados.

Porém, se de um lado a Reforma do Judiciário afastou a tese da paridade entre tratados de direitos humanos e leis ordinárias (infraconstitucionais), de outro, não conseguiu firmar o entendimento de que todos os tratados de direitos humanos deveriam receber tratamento de norma [materialmente] constitucional.

Com vistas a dirimir a questão, o STF, em 2008 (nos julgamentos do RE nº 349703, RE nº 466343 e HC nº 87585), sedimentou o entendimento de que o conteúdo/matéria dos tratados (i.e., saber se eram de direitos humanos ou não) não era o que importava, de modo que, em relação aos tratados de direitos humanos aprovados pelo Brasil sem uma maioria qualificada (3/5), mas apenas com maioria simples ( $\frac{1}{2} + 1$ ), como não coubesse mais equipará-los a leis ordinárias, deu-lhes o STF o status híbrido de normas “supralegais”: superiores a leis ordinárias, mas inferiores à Constituição.

Desse modo, cabia falar, à luz do texto constitucional, apenas em tratados *formalmente* constitucionais, isto é, aqueles que fossem aprovados da mesma forma (rígida) que as emendas constitucionais, nos termos do § 3º.

Não obstante, manteve-se um outro problema, que não foi resolvido: com a nova regra procedimental trazida por esse parágrafo, o Congresso estaria *obrigado a submeter* os tratados de direitos humanos ao quórum qualificado, para assim obterem o status constitucional, ou se, ao seu alvedrio, poderia o Congresso submetê-lo ao quórum simples, pelo que adquiririam apenas o status “supralegal”?

A indagação tem ressonância com Lilian Balmant Emerique e Sidney Guerra (2008, p. 21): “O procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição de 1988 é compulsório para todos os tratados de direitos humanos assinados após a entrada em vigor da EC nº. 45/04

ou apenas trata-se de uma faculdade atribuída ao Congresso Nacional?”.

Tal dúvida mostrou-se tão mais relevante à medida que os fatos se sucederam. Após a reforma de 2004, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, da ONU, foi internalizada no ordenamento jurídico brasileiro (através do Decreto nº 6.949/2007 – após a aprovação do texto pelo Congresso Nacional, via Decreto Legislativo nº 186/2008) seguindo expressamente o trâmite do art. 5, § 3º, permitindo afirmar-se, sem margem para dúvida, que alcançou o status [formalmente] constitucional.

No entanto, também após a reforma, e após a incorporação dessa Convenção da ONU, o mesmo Congresso Nacional, ao apreciar o texto do Protocolo de Assunção sobre Compromisso com a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos do MERCOSUL, ao que parece, optou por não submetê-lo ao quórum qualificado (em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros [de cada Casa legislativa]).

Em 27 de agosto de 2009, o texto desse “Protocolo” (instrumento com normatividade equivalente à de um tratado) foi aprovado pelo Congresso Nacional em um único turno, não se enquadrando, *ipso facto*, na previsão constitucional que poderia lhe dar status equivalente a emenda constitucional.

Ante isso, ao menos aparentemente, parece que o Congresso Nacional investiu-se de uma faculdade para decidir (a) quais os tratados de direitos humanos seriam submetidos ao procedimento qualificado do art. 5º, § 3º, da CF, e (b), por conseguinte, quais desses tratados poderiam ser beneficiados recebendo, ou não, o status equivalente a emenda constitucional. E não apenas isso.

Por inferência, pode-se supor que essa “faculdade” – ou *poder discricionário* – assumida pelo Congresso, estendeu-se ao ponto de permitir-lhe mesmo delimitar quais tratados, dentre os que vêm à sua apreciação, deveriam ser reconhecidos como tratados de direitos humanos; isto é, parece que a discricionariedade congressional se lança sobre os aspectos materiais de tratados, podendo definir se devem ser reconhecidos, ou não, como de direitos humanos.

Há autores que concordam com essa prerrogativa do Congresso, entendendo tratar-se de uma *faculdade*, dentre eles José Levi Mello do Amaral Júnior (2005), para quem

‘O § 3º do artigo 5º da Constituição de 1988 *faculta* a recepção dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos por intermédio de uma emenda constitucional e não exclui a recepção pelo mecanismo tradicional, por meio de um decreto legislativo. (p. 39) (sem destaque no original)

Embora o Congresso Nacional tenha a suma importância de representar o Poder

Legislativo no Brasil (art. 44 da CF), congregando em suas Casas (Câmara dos Deputados e Senadores) os representantes de vontade popular soberana, parece-lhe *inadequada* – ou, conforme Tayara Talita Lemos (2007, p. 29), *paradoxal* – a mencionada faculdade, a qual poderia, inclusive, permitir-lhe definir o “conteúdo” que possuiriam os tratados que se pretendessem incorporar à ordem interna. Com base nela, ainda, o Congresso poderia avaliar previamente, conforme critérios próprios, se os tratados trazidos à sua apreciação se tratam de instrumentos relativos aos direitos humanos (LEMOS, *idem.*), ou não, podendo até mesmo redimensionar algum interesse manifesto pelo plenipotenciário que tenha assinado o tratado.

Em outros termos, o Chefe de Estado ou um diplomata do Brasil poderiam, por exemplo, em uma conferência das ONU, assinar um tratado cujo conteúdo seria definido pelas Nações Unidas como sendo de direitos humanos, mas, ao seguir para o Congresso Nacional, este não reconhecer a matéria como de direitos humanos e, por conseguinte, não submetê-lo ao quórum qualificado.

Como as relações internacionais do Brasil regem-se pela prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II, da CF), e a ratificação de tratados é um meio eficaz de assegurar boas relações internacionais, acredita-se que, no caso de apreciação de tratados que são internacionalmente considerados como de direitos humanos, o Congresso não possui a faculdade para apreciar, ao seu juízo, o tema do tratado (para delimitar se seria relativo, ou não, a direitos humanos), mas apenas possíveis anomias e antinomias do texto (pressupondo-se o tratando como, necessariamente de direitos humanos, se o seu texto está de acordo com os direitos humanos consagrados internacional e nacionalmente).

Embora Lemos (*op. cit.*) assinta que “seria facultada ao Congresso Nacional a aprovação com quórum de 3/5, em dois turnos, nas duas casas”, ela em outro momento reconhece criticamente que há “a dificuldade de se chegar a uma interpretação uniforme do art. 5º, § 3º, já que não se pode afirmar acertadamente se é uma faculdade ou uma obrigação do Congresso Nacional aprovar com quórum de Emenda Constitucional os tratados de direitos humanos” (p. 29).

Não obstante, há outros autores que assumem a posição que se julga acertada, a saber, a de que o citado dispositivo constitucional estabelece uma obrigação ao Poder Legislativo. Emerique & Guerra (*op. cit.*), *v.g.*, assinalam por oportuno que

O dispositivo constitucional contido no art. 5º, § 3º teve como propósito maior acentuar o relevo e o caráter especial atribuído aos tratados de direitos humanos, alçando-os ao status equivalente de emendas constitucionais e passando a integrar as disposições de direitos fundamentais, por esta razão o procedimento deve ser *obrigatoriamente* adotado sempre que pretenda-se proceder a internalização de um tratado de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, assinado após a

entrada em vigor da EC 45/04. (p. 21) (sem destaque no original)

No mesmo sentido é o posicionamento de Ingo Wolfgang Sarlet (2003):

Com efeito, tendo em mente que a introdução do novo § 3º teve por objetivo (ao menos, cuida-se da interpretação mais afinada com a ratio e o telos do § 2º) resolver – ainda que remanescentes alguns problemas – de modo substancial o problema da controvérsia sobre a hierarquia dos tratados em matéria de direitos humanos, antes incorporados por Decreto Legislativo e assegurar aos direitos neles consagrados um status jurídico diferenciado, compatível com sua fundamentalidade, poder-se-á sustentar que a partir da promulgação da Emenda nº 45/2004 a incorporação destes tratados *deverá* ocorrer pelo processo mais rigoroso das reformas constitucionais. (passim) (sem destaque no original)

Somente essa perspectiva em favor da *compulsoriedade* ou *obligatoriedade* da submissão dos tratados de direitos humanos ao quórum qualificado pode impedir que, no Brasil, seja reduzida a importância desses tratados (EMERIQUE & GUERRA, op. cit.).

A ideia esboçada por Vieira (op. cit.) em 2004, de que o Congresso Nacional poderia “modular a hierarquia dos tratados” conforme a relevância do tratado e sua compatibilidade com a ordem interna, mostra-se frágil, em se considerar que, tendo por matéria direitos humanos, dois ou mais tratados devem ser considerados, quando comparados entre si, como simetricamente importantes.

A hipótese de que pode haver legislação infraconstitucional incompatível com tratados de direitos humanos a serem incorporados, deveria, pois, encorajar as Casas do Congresso Nacional a aprovar sem demora, e de maneira qualificada, o referido instrumento, para que a partir dele se possa realizar o devido controle de constitucionalidade das leis incongruentes com normas de direitos humanos.

Por força de sua missão constitucional, o Congresso, segundo se entende, estaria *obrigado*, desde a EC nº 45/2004, a apreciar *todos* os tratados reconhecidos pela comunidade internacional como sendo de direitos humanos.

Evidentemente, seria preservada a possibilidade de, quando da apreciação, concluir eventualmente pela inviabilidade da incorporação de algum tratado, mas, em decidindo aprovar o seu texto, deveria o Congresso fazê-lo necessariamente por meio do procedimento especial (qualificado) disposto no art. 5º, § 3º, da CF. Nem mesmo a sua prerrogativa constitucional para “resolver definitivamente sobre tratados” (art. 49, I) pode ser interpretada de modo a permitir que ele, por conveniência, afaste-se da referida missão.

Iniciativas verificáveis nas Casas congressuais não parecem animadoras quanto à proposta de compulsoriedade do procedimento qualificado, conforme se pode verificar da análise do texto de projetos de resoluções que visam alterar parcialmente os Regimentos

Internos das ditas casas.

Na Câmara dos Deputados, tramita uma proposta de resolução (PRC nº 12/2011) feita inicialmente pelo dep. Fernando Coruja, e atualmente assumida pelo dep. Rubens Bueno (PPS/PR), que visa alterar o Regimento Interno da Câmara dos Deputados no tocante ao rito de tramitação dos tratados e convenções internacionais em matéria de direitos humanos. Nessa proposta, é previsto o acréscimo do capítulo I-A (“Dos Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos”), que contém um artigo (art. 203) que prescreve:

Recebida a mensagem do Presidente da República contendo tratado ou convenção internacional sobre direitos humanos, a Mesa fará publica no avulso a Ordem do Dia o prazo de dez sessões para a apresentação de requerimento subscrito por um terço de Deputados solicitando sua equivalência à emenda constitucional, nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição Federal, acrescido pela Emenda à Constituição nº 45, de 2004.

Mais adiante, no § 7º desse artigo, é previsto que também o Presidente da República, quando do envio da mensagem contendo o tratado sobre direitos humanos, poderá postular sua equivalência à emenda constitucional.

Todavia, no § 5º do art. 203 da mencionada proposta de resolução modificativa, pode-se ler: “Caso o tratado ou convenção não obtenha número de votos suficientes previsto no § 3º do art. 5º da Constituição Federal, será considerado aprovado ordinariamente se obtiver número mínimo de votos para aprovação por maioria simples”.

A justificativa da proposta pode ser considerada, de certo modo, confusa e incoerente, vez que o dep. Rubens Bueno informa que o projeto de resolução objetiva “resguardar o direito do legislador de ter o conhecimento de que os tratados ou convenções que tratem sobre direitos humanos poderão se tornar parte da Constituição Federal, sendo dispensada atenção privilegiada à matéria”.

Por certo, parece desnecessário envidar qualquer esforço para resguardar esse suposto direito do legislador, haja vista que, de um exame simples do art. 5º, § 3º, da CF, seria possível perceber a possibilidade de tratados de direitos humanos se tornarem norma constitucional.

Mais ainda, em sendo verdadeira a intenção de dispensar atenção privilegiada para a matéria, dever-se-ia, através da reforma do Regimento Interno da Câmara, condicionar a aprovação de tratados de direitos humanos ao preenchimento do número de votos que satisfizesse a maioria qualificada.

No Senado Federal, o Projeto de Resolução nº 29/08 – que propõe alterar os arts. 270 e 288, bem como adicionar um novo artigo ao Regimento Interno do Senado Federal, “para

estabelecer rito de tramitação dos tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos” –, de iniciativa do senador Aloizio Mercadante (PT/SP), também contém disposições pouco animadoras, ainda mais porque se mostra dependente de uma prévia aprovação em quórum qualificado na Câmara do texto do tratado.

E, do mesmo modo que a outra Casa legislativa, o Senado também prevê na sua proposta de resolução que “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”.

Na justificativa desta proposta, o senador proponente demonstra saber claramente que há dois patamares mínimos de votação elegíveis, e que aquele que se escolher determinará a natureza jurídica da norma votada. Não transparece, porém, qualquer compromisso com a obrigatoriedade, ou sequer a preferencialidade, do procedimento qualificado.

## REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, José Levi. Tratados internacionais sobre direitos humanos: como ficam após a reforma do Poder Judiciário. **Revista Jurídica Consulex**, Ano IX, n. 197, mar. 2005, pp. 38-39.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

EMERIQUE, Lilian Balmant; GUERRA, Sidney. A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 10, n. 90, Ed. Esp., abr./maio 2008, pp. 01-34.

LEMOS, Tayara Talita. A emenda constitucional 45/04 e as alterações na recepção dos tratados internacionais de direitos humanos. **Revista Eletrônica de Direito Internacional**, Belo Horizonte, v. 1, p. 556-596, 2007. Disponível em: <<http://www.cedin.com.br/revistaeletronica/artigos/A%20EMENDA%20CONSTITUCIONAL%2045%20Tayara%20Talita%20Lemos.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais, a reforma do Judiciário e os tratados de direitos humanos: notas em torno dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição de 1988. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 1, jan./mar. 2006, pp. 59-88.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Que reforma? **Estudos avançados**, vol.18, n.51, 2004, pp. 195-207.