

UMA ANÁLISE DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS PELA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004: O CASO TPI

AN ANALYSIS OF THE HUMAN RIGHTS PROTECTION BY BRAZILIAN CONSTITUTION AFTER THE CONSTITUTIONAL AMENDMENT. 45/2004: THE TPI CASE

CARLA RIBEIRO VOLPINI*

RENATA MANTOVANI DE LIMA**

RESUMO

O presente artigo apresenta uma breve análise da proteção dos Direitos Humanos dispensada pela Constituição Brasileira, com vistas a investigar seu alcance e promoção, sobretudo com as modificações resultantes da Emenda Constitucional n.º. 45/2004. Promove-se, ainda, uma abordagem constitucional no sentido de investigar o conteúdo e significação da disposição referente ao Tribunal Penal Internacional. Após estas considerações chega-se então ao entendimento sobre a aplicação e eficácia jurídica das normas de Direitos Humanos garantidas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988,

ABSTRACT

This article presents a brief analysis of the human rights protection provided by the Brazilian Constitution, in order to investigate its scope and promotion, especially with the changes resulting from the Constitutional Amendment. 45/2004. Promotes itself also a constitutional approach to investigate the content and meaning of the provision concerning the International Criminal Court. After these considerations comes up then the understanding on the implementation and effectiveness of the legal standards of human rights guaranteed by the Constitution, to ultimately define the scope of the statement

* Professora Adjunta da Faculdade de Direito da UFMG e do Programa de Pós-Graduação da Universidade de Itaúna (MG); Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da UFMG; Doutora e Mestre em Direito.
carlavolpini@hotmail.com

** Doutora e Mestre em Direito; Professora e Coordenadora do Curso de Direito do Centro Universitário UNA. Professora do Programa de Pós-Graduação da Universidade de Itaúna/MG.
renata.mantovani@animaeducacao.com.br

para, por fim, definir o alcance do enunciado prescritivo trazido pelos parágrafos do seu artigo 5º.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Federal Brasileira. Direitos Humanos. Tribunal Penal Internacional.

prescriptive brought by paragraphs of Article 5.

KEYWORDS: *Brazilian Federal Constitution. Human Rights. International Criminal Court.*

INTRODUÇÃO

Embora o tema em uma primeira leitura possa parecer desatualizado, ou mesmo superado em termos de discussões doutrinárias, cabe, antes de tudo, ressaltar que a análise e discussões propostas pelo presente trabalho não são relativas à ratificação ou consequências da inserção do Tratado de Roma ao ordenamento jurídico pátrio, ou mesmo suas implicações legais, mas uma reflexão sobre a nova estrutura do Poder Judiciário frente a modificação trazida pela Emenda Constitucional nº. 45/2004. Uma nova disposição que aparentemente não traria maiores repercussões, com a análise proposta é possível depreender as significativas implicações por ela trazidas.

Nesse sentido, o exame das questões atinentes ao Tribunal Penal Internacional e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/88), no tocante à garantia dos direitos humanos, torna-se crucial para demonstrar a sua importância no cenário mundial, bem como a vinculação desses direitos em uma dimensão internacional, referindo-se, pois a direitos que não só são respeitados e resguardados pelo Estado brasileiro, mas por toda a humanidade.

Isto porque a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trata de forma especial os Direitos Humanos quando consagra, em seu artigo 4º, inciso II1, o princípio da prevalência destes direitos.

Os Direitos Humanos possuem um vasto campo de aplicabilidade e validade, o que o traz uma característica de universalidade. Desta forma, Franco (2007) demonstra que os

direitos humanos funcionam como paradigma moral de respeito aos direitos mais elementares do ser humano:

(...) os direitos humanos, pela própria concepção universal de “Homem” que finalizam resguardar, adquirem uma intensa carga axiológica, impondo a toda e qualquer ordem jurídica, bem como a seus próprios destinatários, o dever de respeitarem o *valor humano*. (FRANCO, 2007, p. 9).

Ainda, a partir da Emenda Constitucional n. 45 de 8 de dezembro de 2004, o artigo 5º, § 3º da CR/88 concede o caráter hierárquico de Constituição aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, desde que cumpridos os requisitos legais.

Percebe-se, então, que os direitos humanos são direitos que, no plano global, definem normas que estabelecem condições mínimas para uma vida digna, e, por isto, devem ser resguardados independentemente de qualquer situação fática. Desse modo, para que se possa atingir o objetivo do presente estudo, é necessário, primeiramente, tecer breves considerações sobre a consagração e proteção dos Direitos Humanos pela Carta Constitucional, para em um segundo momento analisar as modificações trazidas pela Emenda Constitucional nº. 45/2004, não em termos meramente conceituais, mas substanciais, isto é revelar a verdadeira intenção do legislador ao inserir no capítulo destinado aos direitos fundamentais um Tribunal de natureza internacional.

2. OS DIREITOS HUMANOS NUMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Ao se analisar o histórico das Cartas Constitucionais do Brasil, pode-se perceber que a atual representa a culminação de um processo evolutivo para se chegar a um Estado Democrático de Direito, no qual os Direitos Humanos fundamentais e as garantias a eles inerentes além de estarem expressamente assegurados, foram erigidos como pilares fundamentais para a

construção da estrutura jurídica, política, social e econômica do Estado¹.

Desse modo, a CR/ 1988 acolhe ampla e categoricamente os Direitos Humanos, responsáveis por eleger valores universais e essenciais ao homem, reconhecidos ao longo dos anos, sobretudo no século XX, após as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial. Ademais, representa, também, um marco jurídico no processo de institucionalização dos Direitos Humanos no Estado brasileiro, uma vez que abriga o princípio da indivisibilidade e interdependência dos Direitos Humanos, ao alargar a dimensão dos direitos e garantias fundamentais assegurados, por meio do preceituado nos parágrafos 1º e 2º do artigo 5º da Constituição.

Vale lembrar que Direitos Humanos e direitos fundamentais, não são, necessariamente, sinônimos. Franco (2007) argumenta que os direitos humanos podem se vincular a uma dimensão internacional – referindo-se aos direitos de toda a humanidade global; ou ao plano filosófico, tratando-se daqueles direitos resguardados em sua concepção maior de “Homem”:

A orientação doutrinária para retratar duas realidades ou vertentes divisadas: ora se vincula à dimensão internacional, ou seja, referindo-se aos direitos válidos e vigentes para todos os povos em sua concepção de Humanidade global, independentemente do contexto político-social em que se ache imerso, transcendendo fronteiras nacionais, conjunturas históricas, contingências jurídicas e culturas étnicas específicas; ora se liga ao plano filosófico, para denotar aqueles direitos resguardados em sua concepção maior de “Homem”. (FRANCO, 2007, p. 7).

1 “A distinção entre direitos e garantias fundamentais, no direito brasileiro, remonta a Rui Barbosa, ao separar as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia com a declaração do direito”. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, p. 61.

Já os direitos fundamentais são direitos estabelecidos juridicamente a uma determinada nação através de sua Constituição. Mais do que isto, eles constituem um elemento básico para a concretização do princípio democrático:

Tal como elemento constitutivo do estado de direito, os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático. Mais concretamente: *os direitos fundamentais têm uma função democrática*, dado que o exercício democrático do poder. (CANOTILHO, 2003, p. 290)

No entanto, os direitos humanos e os direitos fundamentais, em alguns momentos, referem-se sobre os mesmos direitos, pois estes são oriundos de institutos internacionais, mas consagrados nas constituições dos Estados:

Materialmente, porém, tantos os direitos humanos como os direitos fundamentais, quando consagrados em um Estado que adote o regime democrático, costumam denotar as mesmas espécies de garantias jurídicas. Vale frisar que, sobretudo a partir da promulgação das Constituições pós-Segunda Guerra Mundial, que se inspiraram nas disposições consagradas pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, verifica-se, cada vez mais, a intensificação do vínculo entre direitos humanos e direitos fundamentais, o que contribui para o “processo de aproximação e de harmonização entre o conteúdo das declarações internacionais e os textos constitucionais, o que se vem denominando de Direito Constitucional Internacional”. (FRANCO, 2007, p.10).

Direitos Humanos e direitos fundamentais, para alguns doutrinadores, são expressões utilizadas como sinônimo, exatamente por denominarem uma mesma realidade; no caso, a realidade referente aos direitos essenciais e inerentes ao homem (TAVARES, 2003, p. 360).

Em sentido contrário, há a interpretação de SARLET:

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo, direitos fundamentais “se aplica para

aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão, direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). (SARLET, 2006, p. 35/36)².

Tais direitos antecedem qualquer forma de organização política, e, por isso, são basilares aos ordenamentos constitucionais³. Nessa perspectiva, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana é instituído logo no início da nossa Constituição, servindo, pois de resguardo para os direitos individuais e coletivos, além de revelar-se um princípio maior para a interpretação dos demais direitos e garantias conferidos aos cidadãos⁴. Nesse sentido:

A dignidade da pessoa humana, (...) está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro”⁵.

Por sua vez, o princípio da prevalência dos direitos humanos, é destacado enquanto regulador das relações

2 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 35/36.

3 “A história dos direitos humanos (...) é a história mesma da liberdade moderna, da separação e limitação de poderes, da criação de mecanismos que auxiliam o homem a concretizar valores cuja identidade jaz primeiro na Sociedade e não nas esferas do poder estatal”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 528.

4 Vide art. 1º, III, da Constituição Federal. NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 45.

5 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 54.

internacionais em que a República for parte. No tocante às normas positivadas, destacam-se, primeiramente, os direitos individuais e políticos. Estes compreendem as liberdades clássicas e implicam a prestação negativa do Estado, resguardando, com isso, direitos considerados indispensáveis a cada pessoa humana. São tradicionalmente denominados direitos fundamentais de primeira geração. De maneira geral, englobam a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Posteriormente, são estabelecidos os direitos sociais, econômicos e culturais, denotados como direitos fundamentais de segunda geração. Estes, identificados precipuamente nas Constituições do pós-guerra, correspondem às liberdades positivas, ou seja, exigem uma ação por parte da entidade estatal⁶.

6 José Afonso da Silva, ao discorrer sobre os Direitos Humanos consagrados pela Constituição, expõe os seguintes: “a) os direitos fundamentais do *homem-indivíduo*, que são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade e do próprio Estado; por isso são reconhecidos como *direitos individuais*, ou seja: direitos à vida, à privacidade, à igualdade, à liberdade e à propriedade, especificados no art. 5º, mas, de acordo com o § 2º desse mesmo artigo, os direitos e garantias nele previstos não excluem outros decorrentes dos princípios e do regime adotado pela Constituição e dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte; b) os direitos fundamentais do *homem-nacional*, que são os que têm por objeto a definição da *nacionalidade* e suas prerrogativas (art. 12); c) os direitos fundamentais do *homem-cidadão*, que são os *direitos políticos* (arts. 14-17), os direitos de participação política; d) os direitos fundamentais do *homem-social*, que constituem os direitos assegurados ao homem em suas relações sócio-econômicas e culturais, de acordo com os arts. 6º a 11, que podem ser agrupados em três classes: 1) *direitos sociais relativos ao trabalhador* (art. 7º e seus incisos), com regras sobre direito ao trabalho e garantia do emprego, direitos sobre as condições de trabalho (negociações coletivas), direitos relativos ao salário (salário mínimo, salário noturno superior ao diurno, irredutibilidade do salário), direitos relativos ao repouso e à inatividade do trabalhador, direitos relativos aos dependentes do trabalhador, participação nos lucros e co-gestão; direito de associação sindical e direito de greve (arts. 8º e 9º); 2) *direitos sociais relativos à seguridade* (art. 6º), compreendendo os direitos à saúde, à previdência e à assistência social (arts. 6º e 194 a 204); 3) *direitos sociais relativos à educação e à cultura* (arts. 6º); d) direitos fundamentais do *homem-membro da coletividade*, de que participam alguns tradicionais direitos de expressão coletiva como os de associação e de reunião, mas os *direitos coletivos* como espécies dos direitos fundamentais do homem começam a forjar-se e a merecer consideração constitucional, assim são os direitos coletivos

Por último, os direitos humanos de terceira geração englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, ao progresso, à paz, à qualidade saudável de vida, à autodeterminação dos povos e a outros tantos direitos coletivos e difusos representados pelos direitos de solidariedade ou fraternidade⁷.

Dessa maneira, além de erigir os Direitos Humanos como princípio fundamental da República Federativa do Brasil⁸, a Constituição dispõe de uma série de regras afetas à matéria. Prevê, igualmente, que normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, isto é, relativamente às demais normas constitucionais, possuem maior aplicabilidade e eficácia, uma vez que tem vistas a ressaltar sua aplicabilidade imediata independentemente de qualquer medida concretizadora.

à informação (art. 5º, XIV e XXXIII, o qual não se confunde com a liberdade de informação, direito individual) e à representação associativa; direitos do consumidor (arts. 5º, XXXII, e 170, VI) e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida (art. 225). Vê-se, por essa síntese apertada, que a Constituição incorporou também os chamados direitos humanos de terceira geração, integrados com os de segundo e os de primeira. Ela suplanta a tendência para entender os direitos individuais como contrapostos aos direitos sociais e coletivos, que as Constituições anteriores, de certo modo, justificavam. Tratava-se de deformação de perspectiva, pois só o fato de estabelecer-se um rol de direitos econômicos, sociais e culturais já importava em conferir conteúdo novo àquele conjunto de direitos chamados liberais. Ela agora fundamenta o entendimento de que as categorias de direitos humanos, nela previstos, integram-se num todo harmônico, mediante influências recíprocas, com o que se transita de uma democracia de conteúdo basicamente político-formal para uma democracia de conteúdo social, pois a antítese inicial entre direitos individuais e direitos sociais tende a resolver-se numa síntese de autêntica garantia da vigência do princípio democrático, na medida em que os últimos forem enriquecendo-se de conteúdo e eficácia". SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 217.

7 Essas gerações de direitos fundamentais estão na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Constituição Federal brasileira. Na primeira, os direitos fundamentais de primeira geração podem ser apontados por intermédio dos arts. 4º a 21; os de segunda geração pelos arts. 22 a 27 e, no fim do documento, os direitos de terceira geração. Na Constituição do Brasil, por sua vez, os direitos dividem-se nos art. 5º para os de primeira geração; 6º e 7º para os de segunda geração, e alguns artigos esparsos representam os de 3ª geração, por exemplo, a preservação do meio ambiente disposta no art. 225.

8 Art. 4º, II, da Constituição do Brasil.

São de tal forma reconhecidas que se constituem em cláusulas pétreas⁹. Ademais, não se trata de direitos taxativos, exatamente por não excluir da sistemática constitucional os direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta Constitucional, bem como de tratados firmados pelo Estado brasileiro. De fato, são todos manifestamente abrangidos pela Lei Maior, conforme se observa do artigo 5º, § 2º, da CR/88:

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

Referido dispositivo constitucional demonstra que esta norma pretende alcançar todos os direitos humanos: os inseridos no texto constitucional, os não inseridos, mas consagrados pelo ordenamento interno, e os posteriormente pactuados pelo Estado por meio de tratados.

Assim, percebe-se que os dispositivos relativos aos Direitos Humanos encontram-se por todo texto constitucional, e não meramente em pontos específicos. Por este motivo, mostra-se crucial a afirmação da República brasileira em defender a formação de um Tribunal Internacional dos Direitos Humanos capaz de garantir e efetivar normas fundamentais internacionalmente reconhecidas¹⁰. E, sendo o TPI um Tribunal dessa natureza, outra não poderia ser a posição do Estado brasileiro que não a sua resguarda e consequente aprovação. É também neste contexto que a Emenda Constitucional n.º 45/2004 trouxe inovações, reafirmando e elevando a posição de destaque dos Direitos Humanos no ordenamento pátrio, bem como da expressa adesão ao Tribunal Internacional Penal.

9 Art. 5º, § 1º, e art. 60, § 4º, ambos da Constituição Federal. Este último artigo enaltece que os direitos e garantias constitucionais não podem ser alterados por Emenda Constitucional tendentes a aboli-los.

10 Vide art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

3. A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 45/2004 E SUA REPERCUSSÃO NA CONSOLIDAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Publicada em 31 de dezembro de 2004, a Emenda Constitucional nº. 45 modifica sensivelmente o aspecto estrutural do Poder Judiciário, sendo, portanto, denominada “Reforma do Poder Judiciário”. No tocante ao Direito Internacional Penal, o legislador constituinte derivado dispôs de alterações relevantes, a seguir detalhadas.

Com relação aos Direitos Humanos, acrescentou-se a seguinte previsão ao artigo 5º do texto constitucional:

§ 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.

Tal previsão mostrou-se fundamental, já que o conflito entre dispositivos dos tratados internacionais afetos à matéria e a Constituição Federal eram explicados por posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais diametralmente opostos¹¹. Nesse sentido, uma parte dos operadores do direito entendia que a conjugação de alguns dispositivos constitucionais¹² permitiria a aplicação direta e imediata dos Tratados dessa natureza¹³. Desse

11 A discussão quanto ao alcance dos tratados internacionais no direito interno teve início na decisão proferida pelo STF do RE 80004/1977. Na ocasião, a última instância jurídica brasileira afirmou que tais atos internacionais não se sobrepõem às leis internas.

12 Arts. 5º, § 2º; art. 1º, III, e 4º, II, todos da Constituição.

13 Celso D. de Albuquerque Mello e Antônio Augusto Cançado Trindade, entendem que, relativamente aos direitos humanos, a norma mais benéfica deve ter prevalência, e não obrigatoriamente a mais recente. Entretanto, conferida a força de emenda constitucional aos tratados e convenções de direitos humanos, estes só poderão ser revogados pelo poder constituinte.

modo, seria desnecessário o processo de internalização formal de referidos atos internacionais, podendo, inclusive revogar normas constitucionais. De forma contrária, outros defendiam que os tratados e convenções só poderiam ser aplicados quando incorporados pelo ordenamento jurídico pátrio. E, mesmo assim, estariam no mesmo plano de validade e eficácia das leis infraconstitucionais. Logo, além de não serem autoaplicáveis, seriam utilizados apenas como documentos auxiliares para a interpretação dos direitos constitucionais¹⁴. Ademais, “a ocorrência de conflito entre essas normas deve ser resolvida pela aplicação do critério cronológico (a normatividade posterior prevalece) ou pela aplicação do critério da especialidade”¹⁵. Este era o posicionamento do Supremo Tribunal Federal que esvaziava por completo a extensão pretendida pelos parágrafos 1º e 2º do

14 Nesse sentido: a) Julgamento do HC 72.131: análise do dispositivo da Convenção de San José da Costa Rica que proíbe a prisão civil por dívida. A decisão foi no sentido de que a dita Convenção não minimiza o conceito de soberania do Estado na elaboração da sua constituição, por isso não afasta a aplicação do art. 5º, LXVII, da Constituição, confirmando, assim, a prevalência desse instrumento sobre atos internacionais que protejam direitos fundamentais.

b) Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1.480-3/DF, relator Ministro Celso de Mello, julgada em 4 de setembro de 1997, que teve por objeto a Convenção nº. 158 da OIT (direitos fundamentais de segunda geração – direitos sociais do trabalho): “os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema judiciário brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posiciona as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa”. Contudo, o Ministro Carlos Velloso defendeu, nesse mesmo julgamento, a auto-aplicabilidade dos atos internacionais relativos aos direitos humanos pactuados pelo Brasil. Para ele, tais atos são incorporados pela ordem jurídica de forma autônoma, devendo ser integrados, harmonicamente, aos outros direitos fundamentais existentes. Dessa maneira não há que se falar em inconstitucionalidade material (ADIn 1480-3. Vencidos: Ministro Carlos Velloso, Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence). C) Julgamento do HC 77.631 (SC - 3/08/1998): “Os tratados internacionais não podem transgredir a normatividade emergente da Constituição, pois, além de não disporem de autoridade para restringir a eficácia jurídica das cláusulas constitucionais, não possuem força para conter ou para delimitar a esfera de abrangência normativa dos preceitos inscritos no texto da Lei Fundamental”. Relator: Ministro Paulo Gallotti.

15 RAMOS, André de Carvalho. *O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira*, p. 262.

art. 5º, defendendo a supremacia da Carta Constitucional como valor absoluto¹⁶.

Nesses termos, a EC 45/2004 evidencia o valioso esforço em expressamente conceder a esses tratados o real alcance de suas disposições. Observa-se, portanto, que a novidade introduzida refere-se à expressa menção de força normativa constitucional dos tratados e convenções, dado a atribuição do status de emenda constitucional a esses atos internacionais. Para que se alcance a eficácia pretendida, o quórum exigido é o mesmo reservado para a aprovação das emendas¹⁷. Em outros dizeres, a condição de emenda constitucional implica integrá-los ao ordenamento interno como norma formalmente constitucional. Com isso, a qualidade de norma materialmente constitucional atribuída aos direitos consubstanciados nesses instrumentos internacionais poderá ser concretamente efetivada, integrando-as, de forma definitiva, ao rol de direitos fundamentais acobertados pela garantia da cláusula pétrea¹⁸. Isso implica a persistência dos direitos consubstanciados no tratado, mesmo que no plano internacional tenha deixado de existir ou de ser cumprido. Em realidade, os tratados incorporados em consonância ao § 3º, do art. 5º da CF poderão, de forma concreta, revogar disposições constitucionais que lhe forem contrárias, ainda que elaboradas pelo constituinte originário.

Outra considerável alteração foi a adição, ao mesmo artigo 5º da Lei Maior, de um dispositivo relacionado à

16 Afastaram a auto-aplicabilidade dos Tratados Internacionais afetos aos direitos fundamentais internalizados após a Constituição de 1988. Entenderam, por maioria, que apenas os Tratados daquela natureza celebrados e recebidos pelo ordenamento interno antes da promulgação dão diploma constitucional é que possuíam status de norma constitucional. Voto dos Ministros Moreira Alves e Nelson Jobim na Adin nº. 1480-3.

17 Art. 60, § 2º, da Constituição Federal: “A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros”.

18 Artigo 60, § 4º da Constituição.

submissão do Estado brasileiro à jurisdição de Tribunal Penal Internacional, a cuja criação tenha aderido¹⁹. Em uma primeira análise pode-se concluir, inicialmente, que seria uma desnecessária reafirmação do princípio constitucional da prevalência dos Direitos Humanos. Sem dizer na clara e anterior alusão de um Tribunal de Direitos Humanos propugnado pelo art. 7º do ADCT. Dado as características e a competência material do TPI, outro não seria o aludido Tribunal. Além disso, à época da publicação da Emenda Constitucional, o Estatuto de Roma já se encontrava devidamente incorporado ao ordenamento pátrio. Nessa perspectiva, a previsão constitucional, posterior à inserção deste ao direito interno, seria, tão somente, mera redundância normativa, dado que não teria o condão de alcançar e muito menos convalidar atos jurídicos perfeitos.

Contudo, a interpretação a esse dispositivo não pode ser realizada de maneira tão superficial. Seu sentido e efeitos são de profunda complexidade. O que se pretende, em verdade, é afastar quaisquer discussões quanto à constitucionalidade das previsões estatutárias do Tribunal Penal Internacional. Para tanto, o § 4º, do artigo 5º da Constituição promoveu uma extensão da jurisdição brasileira ao claramente se submeter à jurisdição de Tribunal Penal Internacional, a cuja criação manifeste sua aderência. Isto é, acabou por equiparar um Tribunal desse gênero aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro. Vê-se, portanto, que o intuito de tal dispositivo não é de declarar, na esfera constitucional, a adesão ao Tribunal Penal Internacional, mas reconhecer, qualquer instituição dessa espécie, como jurisdição nacional.

No entanto, pode-se formular a seguinte indagação: se a intenção do dito parágrafo era a de estender o poder jurisdicional interno, por qual motivo não o inseriu dentre as disposições constantes do Capítulo III, do Título IV da Constituição²⁰?

19 Trata-se do § 4º do citado artigo constitucional que preceitua: “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional e cuja criação tenha manifestado adesão”.

20 Este Capítulo destina-se a regular as disposições afetas ao Poder Judiciário, dentre

Para responder esse questionamento devem-se considerar alguns aspectos. Em primeiro lugar, ressalta-se que o diploma constitucional não obsta a ampliação da jurisdição nacional. Em segundo lugar, observa-se que, embora disponha sobre os órgãos jurisdicionais em um Capítulo específico, nada dispõe no sentido de impedir seu tratamento em domínio constitucional diverso. Aliás, assim o fez por mera questão organizacional e metodológica. Dito isso, é forçoso concluir que a opção do constituinte derivado em expandir o rol dos órgãos jurisdicionais no Título destinado aos direitos e garantias fundamentais foi deliberada, intencional. Isso porque, procedendo dessa maneira erigiu-o como norma de caráter fundamental, acobertando-o pelo manto da cláusula pétrea²¹.

Ocorre que as cláusulas pétreas são aqueles dispositivos que impossibilitam o legislador reformador de suprimir determinadas matérias do texto constitucional. Em outros termos, dispositivos constitucionais que não admitem alterações quanto à forma e insuscetíveis de serem abolidos por emenda. Todavia, é sabido que os tratados e convenções internacionais podem ser extintos, entre outros meios, através do ato unilateral de denúncia²² exteriorizado pelo Chefe do Poder Executivo. Nessa perspectiva, haveria, então, a possibilidade de o Presidente da República, na prerrogativa de seu poder discricionário, portanto de conveniência e oportunidade, abolir esta cláusula pétrea, denunciando o Tratado de Roma? Para alguns autores, veda-se a denúncia de tratados de proteção dos direitos humanos. Isso porque, ratificados pelo Estado, ingressam no ordenamento

elas a de dispor sobre os órgãos jurisdicionais que o compõe.

- 21 Art. 60, § 4º, IV da Constituição: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV – os direitos e garantias fundamentais”. Esse artigo faz referência à cláusula pétrea, ou seja, dispositivo constitucional imutável, no sentido de não poder ser suprimido nem por via de emenda à constituição.
- 22 A denúncia pode ser conceituada como: ato unilateral pelo qual um Estado parte em determinado Tratado manifesta sua vontade em dele se retirar.

interno com status constitucional, sendo, pois cláusula pétrea. Entretanto, mesmo não se admitindo tal posição²³, uma eventual denúncia não implicaria na supressão dessa regra fundamental. Tal deve-se pelo fato do § 4º, do artigo 5º da Constituição propugnar pela adesão a um Tribunal Penal Internacional genérico, e não ao TPI especificamente. É certo que atualmente este é o que se molda ao dispositivo constitucional, não obstante o que se petrifica é o reconhecimento de que, na existência de um Tribunal Internacional de natureza penal, sua jurisdição será atribuída ao Estado brasileiro.

Contudo, resta, ainda, um último ponto a ser analisado: a natureza jurídica das decisões do Tribunal Penal Internacional, para determinar ou não a observância do art. 105, I, i da Constituição Federal, que exige a homologação de sentenças estrangeiras ou a aprovação de diligências (por meio da concessão do *exequatur*) pelo STJ, para que possa surtir efeitos no ordenamento interno²⁴.

O TPI é uma organização internacional com personalidade jurídica internacional, cuja jurisdição alcança todos os signatários que, voluntariamente, participaram de sua formação ou a ele aderiram²⁵. Desse modo, seus atos e, conseqüentemente, suas decisões, sejam interlocutórias, terminativas ou definitivas, têm natureza internacional, ou provenientes de um organismo internacional²⁶. Ademais, tais decisões constituem-se em

23 Ver posição jurisprudencial do STF na nota 461.

24 A EC n.º 45/2004, também alterou a competência para a homologação das sentenças estrangeiras. Agora a competência para esse ato é reservada ao STJ. “Art. 105, CF: Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I – processar e julgar, originariamente: i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias.” A carta rogatória é um pedido feito por autoridade judicial estrangeira para que seja cumprida uma diligência no Brasil, como citação, inquirição de testemunhas, entre outras. Por isso é necessário o *exequatur*, isto é, o despacho que ordena a exequibilidade, no Brasil, de diligência judicial oriunda do estrangeiro.

25 Art. 4 (1) do Estatuto.

26 Salienta-se que a decisão do Estado brasileiro em reconhecer a jurisdição do TPI como

obrigação internacional de resultado. Entretanto, por lhes faltarem o atributo da executividade, o Estado deverá cumpri-las, por meio de seu aparato interno, sob pena de responsabilização internacional. Isso porque, ao aceitar a jurisdição de um tribunal internacional, assume o compromisso de cumprir de boa-fé as decisões internacionais porventura proferidas²⁷. E no caso brasileiro, reconheceu não só a validade do Tribunal, mas, expressamente, admitiu sua jurisdição como extensão da sua.

As sentenças estrangeiras, por sua vez, são proferidas por uma Corte afeta à soberania de outro ente estatal. Por esse motivo, determina-se a homologação dessas decisões, instituto relacionado com a cooperação judicial entre Estados, fornecendo-lhes eficácia para a produção dos efeitos jurídicos em território diverso do prolatado²⁸. Trata-se, pois, de “ato de recepção de decisão emanada de outro Estado, sem referência a organização internacional”²⁹. Nesse sentido, a doutrina e a própria jurisprudência do STF³⁰, quando competente para homologar sentenças estrangeiras, eram pacíficas ao afirmar os limites constitucionais da enumeração da competência

jurisdição nacional, não tem o condão de retirar ou modificar a natureza internacional desse organismo. Trata-se de uma escolha política interna, no sentido de ampliar a sua jurisdição.

27 RAMOS, André de Carvalho. *O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira*, p. 280/281.

28 Nesse sentido preceitua Mazzuoli: “Ora, sabe-se que o direito internacional não se confunde com o chamado direito estrangeiro. Aquele diz respeito à regulamentação jurídica da sociedade internacional, na maioria dos casos feita por normas internacionais. O direito internacional disciplina, pois, a atuação dos Estados, das Organizações Internacionais e também dos indivíduos no cenário internacional. Já o direito estrangeiro é aquele afeto à jurisdição de determinado Estado, como o direito italiano, o francês, o alemão e assim por diante. Será, pois, estrangeiro, aquele direito afeto à jurisdição de outro Estado que não o Brasil.” MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro*, p. 81.

29 RAMOS, André de Carvalho. *O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira*, p. 282.

30 Antes da EC n.º. 45/2004, a competência para homologar sentenças estrangeiras era do Supremo Tribunal Federal. (Antigo art. 102, I, h).

originária do órgão máximo do Judiciário. Assim, por se tratar de *numerus clausus*, não cabe interpretação tendente a ampliar essa competência³¹. Esse entendimento deve ser mantido, uma vez que a EC 45/2004 apenas alterou o órgão responsável por proceder ao processo homologatório.

Visto isso, pode-se inferir que dada à natureza jurídica das decisões do TPI, essencialmente internacionais e, portanto, distintas das decisões estrangeiras, não compete ao STJ homologá-la para que possa produzir seus efeitos jurídicos no Estado brasileiro. Aliás, caso seja necessária a intervenção do Judiciário, caberá à Justiça Federal, por meio de seus órgãos, quais sejam, juízes federais, e mediante provocação do Ministério Público Federal, atuar no processamento dessas decisões³².

31 “Assim a enumeração da competência originária do Excelso Pretório prevista no art. 102, inc. I, é verdadeiro *numerus clausus* e não pode ser ampliada, a não ser por reforma constitucional. Como firmou Celso de Mello (...): “Não se pode perder de perspectiva, neste ponto, que a competência originária do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional – e ante o regime de direito estrito a que se acha submetido – não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que extravasem os rígidos limites fixados em *numerus clausus* pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Carta Política...”. RAMOS, André de Carvalho. *O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira*, p. 284.

32 Nesse sentido leciona André Ramos: “(...) quando a decisão do Tribunal Penal Internacional exigir a intervenção do Poder Judiciário (como ocorre no caso de ordem de prisão para posterior entrega), o juiz das liberdades, que pode ser provocado em todos os casos, é o juiz federal de 1ª Instância do domicílio do acusado ou segundo as regras processuais ordinárias. (...) Caberá ao Ministério Público Federal a provocação, quando necessário, do juízo das liberdades para que seja implementada a ordem internacional. Esta atribuição do *Parquet* está em sintonia com o art. 127 *et seq.* Da Constituição federal, que justamente dotou esta instituição de uma ampla missão, em especial a de zelar pelo respeito aos direitos humanos, o que por certo coaduna-se com a tarefa de fazer ver cumprida decisão de órgão internacional criada para a proteção de direitos humanos, como é o caso do Tribunal Penal Internacional.” RAMOS, André de Carvalho. *O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira*, p. 284.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após tudo que foi exposto, forçoso concluir que a Constituição Brasileira abrange não só os direitos fundamentais nela constantes, mas qualquer texto passível de conduzir uma construção normativa de direitos fundamentais suficientemente capaz de atribuir aos poderes públicos, bem como a toda a sociedade, o dever de promover condições para realizá-los e efetivá-los.

Percebe-se a necessidade de focar o olhar para o respeito aos direitos humanos e para a aplicação de formas de relacionamento entre os vários povos, como uma necessidade para se conviver em um mundo globalizado, cada vez menor, mais condensado, no qual sem o respeito à cultura de paz, pode se autopulverizar.

Neste diapasão, o Poder Constituinte dos Estados está longe de ser, atualmente, um sistema autônomo, atuante em prol apenas do Estado, como bem explica Piovesan. Ao contrário, ele dialoga e inter-relaciona com outras normas e organismos, como é o caso da CR/88 e o Tribunal Penal Internacional.

Apesar de o § 4º, do artigo 5º da CR/88 propugna pela adesão a um Tribunal Penal Internacional genérico, e não ao TPI especificamente, é certo que hodiernamente o que se petrifica é o reconhecimento de que, na existência de um Tribunal Internacional de natureza penal, sua jurisdição será atribuída ao Estado brasileiro. E desta forma, há mais uma possibilidade de proteção dos Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

AMBOS, Kai. A Construção de uma Parte Geral do Direito Penal Internacional. In: AMBOS, Kai; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Tribunal Penal Internacional: Possibilidades e Desafios*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005. p. 1-31.

AMBOS, Kai. Os Princípios Gerais de Direito Penal no Estatuto de Roma. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 25-61.

BAHIA, José Casali. Problemas Constitucionais do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional: o Caso Brasileiro. In: AMBOS, Kai; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. *Tribunal Penal Internacional: Possibilidades e Desafios*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005. p. 281- 292.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 4. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BOSON, Gerson de Brito Mello. *Direito internacional público: o Estado em direito das gentes*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coord.). *O Brasil e os Novos desafios do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 3-25.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA, Érica Adriana. Tribunal Penal Internacional: Breves apontamentos. In: SILVA, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da. (Coord.). *Direito Internacional Moderno*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 185-216.

FRANCO, Marcelo Veiga. Direitos humanos X direitos fundamentais: matriz histórica sob o prisma da tutela da dignidade da pessoa humana.

In: OLIVEIRA, Márcio Luís de (Coord.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: Interface com o direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 4ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O Tribunal Penal Internacional e as Perspectivas para a Proteção Internacional dos Direitos Humanos no século XXI. In: AMBOS, Kai; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Tribunal Penal Internacional: Possibilidades e Desafios*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005. p. 121-148.

MELLO, Celso De Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15. ed. ver. aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, volumes I e II.

MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 3ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Trad. Vítor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

PELLET, Alain. As Novas Tendências do Direito Internacional: Aspectos Macrojurídico”. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coord.). *O Brasil e os Novos desafios do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 3-25.

PELLET, Alain. Chapitre 7: Présentation de la Ière Partie. In: ASCENSIO, Hervé; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain. *Droit International Pénal*. Paris: A. Pedone, 2000. p. 83-89.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. Max Limonad, 1996.

RAMOS, André de Carvalho. *O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira*, 2010, p. 280/281.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26. ed. ver. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Direitos Humanos: Personalidade e Capacidade Jurídica Internacional do Indivíduo. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coord.). *O Brasil e os Novos desafios do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 199-264.

Recebido em 15/10/2012.

Aprovado em 28/01/2013.

