

**FACULDADE METROPOLITANA DE CURITIBA
SÓCRATES HUGEN ALVES**

**A CONSTITUCIONALIDADE DO ESTATUTO DE ROMA EM FACE DA
EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 45 DE 2004 – INCORPORAÇÃO, FORÇA
NORMATIVA, HIERARQUIA, APLICABILIDADE E CONSEQÜÊNCIAS DE SUA
RATIFICAÇÃO.**

SÃO JOSÉ DOS PINHAIS

2009

SÓCRATES HUGEN ALVES

**A CONSTITUCIONALIDADE DO ESTATUTO DE ROMA EM FACE DA
EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 45 DE 2004 – INCORPORAÇÃO, FORÇA
NORMATIVA, HIERARQUIA, APLICABILIDADE E CONSEQÜÊNCIAS DE SUA
RATIFICAÇÃO.**

Monografia apresentada como requisito parcial para a
obtenção do título de Bacharel em Direito do Curso de
Direito da Faculdade Metropolitana de Curitiba - FAMEC.
Professor Orientador: Alysson H. Oikawa.

SÃO JOSÉ DOS PINHAIS

2009

TERMO DE APROVAÇÃO

SÓCRATES HUGEN ALVES

A CONSTITUCIONALIDADE DO ESTATUTO DE ROMA EM FACE DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 45 DE 2004 – INCORPORAÇÃO, FORÇA NORMATIVA, HIERARQUIA, APLICABILIDADE E CONSEQÜÊNCIAS DE SUA RATIFICAÇÃO.

Esta monografia foi julgada e aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, na Faculdade Metropolitana de Curitiba – FAMEC.

João Carlos Zolandeck
Coordenador do Curso de Direito
FAMEC

Orientador: _____
Prof. Alysson H. Oikawa

Banca: _____
Prof.

Prof.

São José dos Pinhais, ____/____/____

Para a minha amada esposa Jane Patrícia Húngaro, pela paciência, compreensão e pela força que me deu durante todos esses anos.

Ao meu pai Juaci Damião Alves, Homem espetacular, pelo simples fato de ser quem é.

Agradeço a Deus e ao nosso Senhor Jesus Cristo, pela oportunidade posta em meu caminho, aos Mestres por me conduzirem nesta parte da jornada.

“Pela vida vou do jeito que sou;
Eu me conheço;
As vezes calmo e as vezes tenso;
Quando me calo apenas penso;
As vezes eu corro, ando, quase paro;
Mas permaneço;
Se vou para frente é porque mereço;
Diante do que acredito não paro;
Não me calo, não esmoreço;
Se caráter custa caro eu pago o preço”.
Sócrates H. Alves.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	2
1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	4
1.1 PONTOS HISTÓRICOS RELEVANTES	4
1.2 SOBRE OS DIREITOS HUMANOS	9
1.3 DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS.....	13
1.4 FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS.....	15
1.5 PRINCÍPIOS DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS.....	17
2 TRATADOS INTERNACIONAIS.....	23
2.1 VISÃO GERAL SOBRE OS TRATADOS INTERNACIONAIS	23
2.2 CONCEITO DE TRATADO INTERNACIONAL	28
2.3 INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS AO ORDENAMENTO JURÍDICO	29
2.4 EFEITOS E EXTINÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS	33
3 O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.....	36
3.1 VISÃO GERAL DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.....	36
3.2 O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO	39
3.3 ASPECTOS FORMAIS E MATERIAIS DA CONSTITUCIONALIDADE DO T.P.I.	41
3.4 ANTINOMIAS ENTRE A CONSTITUIÇÃO E O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL	51
CONCLUSÃO	61
REFERÊNCIAS.....	64

INTRODUÇÃO

Neste trabalho far-se-á explanação sobre a constitucionalidade do Estatuto de Roma, instituidor do Tribunal Penal Internacional (T.P.I.), sob o prisma da Emenda Constitucional 45 de 2004 (E.C. – 45/04), que o incorporou em nosso ordenamento jurídico. A importância de estudar o tratamento dado pelo Brasil aos tratados e acordos internacionais de direitos humanos fundamenta-se na história, cuja síntese feita pelo mestre Emerson Penha Malheiro¹ nos faz vislumbrar a necessidade de desenvolver este ramo do Direito Internacional Público:

A Primeira Grande Guerra Mundial (agosto de 1914 a novembro de 1918), cujo triste epílogo trouxe consigo o legado da perda de mais de oito milhões de vidas humanas e a Segunda Grande Guerra Mundial (1939-1945), com todos os seus atos cruéis, desumanos, atrozés e mais de 45 milhões de mortos, serviram para apresentar ao mundo a necessidade inquietante e imediata de proteção dos direitos humanos na dimensão internacional.

Motivada num primeiro momento pelos acontecimentos acima citados, a tendência de internacionalizar os direitos humanos demonstra a razão entre as nações de que a condição humana independe de nacionalidade, motivo pelo qual o exercício e a tutela dos direitos humanos devem ser uniformemente garantidos em todo o planeta, seja de maneira positiva ou consuetudinária.

Neste sentido, desenvolveu-se ao longo do tempo, um aparato internacional de proteção dos direitos humanos, focado na tutela do indivíduo, sujeito de direito internacional e na coerção direta e pessoal daqueles atentam contra os direitos internacionalmente tutelados.

O T.P.I. é uma instituição que faz parte do aparato internacional de proteção dos direitos humanos, criada para processar e julgar, em linhas gerais, os crimes contra a humanidade e apená-los até mesmo com prisão perpétua. No entanto, este é apenas um dos pontos a se considerar. Não obstante sua conotação punitiva, há de se fazer menção também ao seu caráter protetivo.

O T.P.I. traz consigo a preservação da dignidade e dos direitos tanto da vítima quanto do agente causador do dano, por tratar-se de órgão jurisdicional internacional legítimo e constituído anteriormente ao crime, condições estas que impedem a criação dos tribunais “*ad hoc*” dentre os países signatários. Assim protege, pois a falta de um juiz natural é uma afronta a qualquer Estado de Direito.

¹ MALHEIRO, Emerson Penha. Manual de Direito Internacional Público, 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p140.

A proposta desta monografia é fazer uma análise crítica sobre a constitucionalidade da incorporação do Tribunal Penal Internacional em nosso ordenamento jurídico, sua força normativa e sua hierarquia frente às normas domésticas em vigor, a fim de apurar a aplicabilidade e as conseqüências de sua ratificação.

Visando desenvolver o estudo de maneira mais clara e inteligível, serão abordadas, num primeiro momento, as origens e a evolução dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, as fontes de direito internacional e os princípios que norteiam o direito internacional dos direito humanos.

Após as considerações preliminares, passaremos a discorrer sobre conceito contemporâneo de tratado internacional, as teorias que envolvem a incorporação dos tratados internacionais à ordem interna, alcançando o cerne da questão delimitada, que será exposta a seguir.

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

1.1 PONTOS HISTÓRICOS RELEVANTES

Antes de abordar o atual conceito de direito internacional dos direitos humanos, bem como, o processo de incorporação desta espécie de tratado no ordenamento jurídico pátrio, é necessário remeter-se aos fatos históricos que motivaram o surgimento do sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

Em decorrência da Primeira Guerra Mundial, após a derrota da Tríplice Aliança, foi celebrado o Tratado de Versalhes (1919), pondo termo ao conflito. Este tratado, além de impor restrições e sanções aos países derrotados, criou a Liga das Nações, que passou a existir oficialmente em 1920, com objetivo de promover a cooperação internacional, alcançar a paz e a segurança internacionais.

Concomitantemente, ao final da Primeira Guerra, foi criada a Organização Internacional do Trabalho (O.I.T.)². Seu objeto e a regulamentação das condições de trabalho no plano internacional, pois promove a padronização internacional das condições de trabalho e a elevação do bem-estar do trabalhador dentro do ambiente de trabalho.

Tais acontecimentos, são considerados como o nascedouro da consciência mundial quanto à necessidade de se estreitar as relações entre as nações, além de promover a proteção da sociedade civil de situações extremas. Apesar do fracasso da Liga das Nações em cumprir seu objetivo, visto que, a Alemanha, um dos países que a integrava, desencadeou a Segunda Guerra Mundial em 1939, a Organização Internacional do Trabalho segue firme e adiante até os dias de hoje.

Em razão deste novo conflito mundial, a Liga das Nações foi dissolvida e a discussão sobre o sistema internacional de proteção dos direitos humanos retornou somente com o pós-guerra. Diante das atrocidades cometidas, se reconheceu que a tutela dos direitos humanos não é algo para ser tratado por cada país segundo sua própria idéia de humanidade, tampouco sob a égide da soberania estatal absoluta.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso³:

Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha aceitação no pensamento esclarecido.

² Mais informações disponíveis em: <http://www.oitbrasil.org.br/>, acesso em [21/01/2009], às [2:00]

³ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 6ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2004. p349.

Neste período, os atos perpetrados por Hitler, Stálin e seus assecclas, foram considerados verdadeiras barbáries praticadas contra a dignidade da pessoa humana, chocando a consciência moral de humanidade e, ameaçando à paz e a estabilidade internacionais⁴.

Tal repulsa, ensejou a abolição da produção normativa, pautada pelo positivismo absoluto, abstraído de valores morais. Ao revés, iniciou a elaboração de um sistema normativo internacional capaz de mediar e disciplinar as relações entre os Estados e, entre estes e os seres humanos com respeito a dignidade inerente a própria condição humana. Assim pontua Luís Roberto Barroso⁵:

...a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente.

Com efeito, há de se fazer um parêntese, para destacar que esta ordem de idéias já orientava o pensamento de estudiosos desde o final do século XIX, a exemplo de Gustave Moynier (1826–1910), Advogado, Banqueiro e, Presidente do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, defendeu a criação de um tribunal penal internacional, mediante tratado internacional, para processar e julgar crimes cometidos na Guerra Franco-Prussiana em 1872. Posteriormente, o Presidente do Estados Unidos à época, Harry Salomon Truman (1884-1972), que lutou na Primeira Guerra Mundial (agosto de 1914 a novembro de 1918) sugeriu a criação de um Tribunal Penal Internacional Permanente. No entanto, essa idéia só foi cogitada 1948 em Assembléia Geral das Nações Unidas⁶.

Notadamente, a banda mais crítica considerava a organização de tribunais “*ad hoc*” (para o ato) ou de exceção com fins penais, contrário aos princípios gerais do direito e aos anseios de justiça da comunidade internacional. Motivo pelo qual almejavam à época, criação do que atualmente foi feito através do Tratado de Roma. O Tribunal Penal Internacional, preexistente e anterior ao crime a ser submetido à sua tutela, respeita os princípios da legalidade, imparcialidade, juiz natural, anterioridade e o princípio da reserva legal.

⁴ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional, 7ª ed. rev., ampl e atual., São Paulo: Saraiva, 2006. p7.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 6ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2004. p349.

⁶ MALHEIRO, Emerson Penha. Manual de Direito Internacional Público, 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p155;158.

Portanto, para falar em direito internacional dos direitos humanos deve-se considerar, no caso de crimes contra a humanidade *“lato sensu”*, não apenas os direitos das vítimas de violações, mas também os direitos dos agentes violadores, que na condição de seres humanos, merecem no mínimo a proteção da sua dignidade e de seus direitos garantidos contra os abusos dos Estados.

Mesmo assim, meando 1945 / 1946 foi criado *“ad hoc”*, o Tribunal de Nuremberg, através do acordo de Londres, com o objetivo de processar e julgar os culpados pelas maiores barbaridades praticadas pelo regime nazista. Com isso se estabeleceu um novo paradigma, pois se processou e julgou não os Estados, mas as pessoas que perpetraram as atrocidades do holocausto, independentemente de serem líderes ou meros cumpridores de ordens.

Não obstante a contribuição dada pelo Tribunal de Nuremberg, no que tange a persecução penal, ele foi criticado no plano internacional. O tribunal em questão continha características contrárias ao pensamento humanitário e ao costume internacional, visto que foi criado pelos “países aliados⁷”, exclusivamente para julgar e punir os criminosos de guerra do “eixo europeu⁸”, consoante tradução do seu artigo 1^o:

Em execução do Acordo assinado em 08 de agosto de 1945 pelo Governo Provisório da República Francesa e os governos dos Estados Unidos da América, do Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte e da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, será criado um Tribunal Militar Internacional (abaixo denominado 'Tribunal') para julgar e punir de modo apropriado, e sem tardança, os grandes criminosos de guerra dos países europeus do Eixo.

Além disso, todos os magistrados e seus suplentes foram indicados pelos países vencedores, ou seja, os vencedores julgaram os vencidos, no caso, os países do eixo europeu. Também nenhum combatente das nações aliadas foi submetido a julgamento por eventuais crimes praticados, numa demonstração de quão injusto e parcial pode ser um tribunal de exceção.

Na mesma época, também se instituiu o Tribunal Militar Internacional de Tóquio, a fim de se processar e julgar os crimes de guerra e crimes contra a humanidade, praticados pelas antigas autoridades políticas e militares do Japão imperial. O Tribunal de Tóquio, por ter sido instituído de maneira similar ao Tribunal de Nuremberg, gozava do mesmo pioneirismo, e das mesmas críticas acerca da

⁷ Principais países que fizeram parte dos Aliados: Reino Unido, França e União Soviética, e, mais tarde os Estados Unidos da América e Brasil.

⁸ Principais países que fizeram parte do Eixo Europeu: Alemanha, Itália e Japão

parcialidade e da excepcionalidade. Todavia, ressalta-se que apesar das críticas, os citados tribunais valeram para melhorar a proteção dos direitos humanos.

Impulsionada por estes episódios, uma verdadeira revolução ocorreu no Direito Internacional dos Direitos Humanos, tanto no aspecto institucional quanto no aspecto legal e consuetudinário.

Visando promover o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, a equanimidade entre os seres humanos em qualquer parte do globo, na condição de sujeitos de direito internacional, com direitos e garantias amplamente respeitados e tutelados por todas as nações, de forma a evitar a ocorrência de afronta aos direitos humanos, muito menos da maneira como fora o holocausto.

Com razão expõe Flávia Piovesan¹⁰:

Como se verá, para que os direitos humanos se internacionalizassem, foi necessário redefinir o âmbito e o alcance do tradicional conceito de soberania estatal, a fim de permitir o advento dos direitos humanos como questão de legítimo interesse internacional. Foi ainda necessário redefinir o status do indivíduo no cenário internacional, para que se tornasse verdadeiro sujeito de direito internacional.

Destaca-se no mesmo momento histórico acima mencionado, a fundação da Organização das Nações Unidas¹¹ (1945), cuja colaboração para o desenvolvimento dos direitos humanos girou em torno da proteção dos indivíduos no âmbito mundial e, promovendo verdadeira internacionalização dos direitos humanos através da Comissão de Direitos Humanos criada em 1946 e composta por cinquenta nações.

O dito sobre a ONU alinha-se à inteligência de Hildebrando Accioly G. E. do Nascimento e Silva e Paulo Borba Casella¹²:

“Resultou da segunda guerra mundial e veio substituir o organismo análogo que, sob a denominação de **Sociedade das Nações**, funcionou em Genebra após a primeira guerra mundial (...)”

E seguem os autores acima mencionados acerca da ONU¹³:

Sua lei básica é a **Carta** das Nações Unidas, e foi assinada em São Francisco a 26 de junho de 1945. A **Carta** consta de preâmbulo e consiste em cento e onze artigos, e tem como anexo o **Estatuto** da Corte Internacional de Justiça, parte Integrante da **Carta**.

⁹ Disponível em: <<http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/350?OpenDocument>>, acesso em: [21/01/2009], às [1:30]

¹⁰ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional, 7ª ed. rev., ampl e atual., São Paulo: Saraiva, 2006. p109.

¹¹ Disponível em: <<http://www.onu-brasil.org.br/>>, acesso em: [20/01/2009], às [14:31]

¹² ACCIOLY, Hildebrando de, SILVA, G. E. do Nascimento e, CASELLA, Paulo Borba. Manual de Direito Internacional Público, 16ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p396.

¹³ Idem.

A ONU consolidou-se na condição de instituição basilar em 1948, ao adotar em assembléia geral a Declaração Universal dos Direitos Humanos, como documento informativo e orientador dos direitos básicos e garantias dos seres humanos em toda a parte do mundo.

Corroborando este importante passo para a evolução do aparato internacional de proteção dos direitos humanos, observa-se a influência da doutrina do direito natural que despontara na Antiguidade¹⁴.

Dados estes acontecimentos, o direito internacional dos direitos humanos desenvolveu-se, adquirindo os contornos básicos que atualmente o definem: positivamente de normas que já eram consuetudinariamente aceitas nas relações internacionais, através da celebração de pactos, acordos, convenções, tratados, protocolos e outros instrumentos normativos, jurídicos e vinculantes entre as nações.

Desenvolveu-se também, além dos instrumentos normativos internacionais, a instituição de órgãos e entidades reconhecidas internacionalmente, e, destinadas a regulamentar, fiscalizar e tutelar determinadas condutas e direitos inerentes à pessoa humana, tais como: a Organização dos Estados Americanos¹⁵ (O.E.A.), com competência e alcance apenas regional; a Organização Mundial da Saúde¹⁶ (O.M.S.); o foco da pesquisa o Tribunal Penal Internacional (T.P.I.); dentre outras.

Assim se estabeleceu a perene e importante proteção internacional de direitos e garantias que, não raro, eram tutelados apenas pela norma doméstica de alguns Estados, de modo a transcender a supremacia estatal concernente a tutela dos seus cidadãos.

Face ao vivenciado pelas nações no âmbito do direito internacional, percebe-se atualmente a prevalência da norma escrita, estruturando consensual e positivamente, o sistema internacional de proteção aos direitos humanos, não obstante a permanente consideração aos princípios de direito internacional.

Tal sistema é composto por acordos, pactos, tratados multilaterais, organizações, instituições e órgãos capazes de proteger os seres humanos no que tange o direito a vida, a liberdade, a dignidade, a integridade física e mental, as condições de trabalho, o consumo, os direitos civis e políticos.

¹⁴ MALHEIRO, Emerson Penha. Manual de Direito Internacional Público, 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p140.

¹⁵ Disponível em: <<http://www.oas.org/main/portuguese/>>, acesso em: [20/02/2009], às [08:00]

¹⁶ Disponível em: <<http://www.who.int/en/>>, acesso em: [20/02/2009], às [08:27]

Enfim, visa um parâmetro mínimo comum de proteção dos indivíduos em suas relações humanas dentro do globo, pois, nesse sentido, de acordo com a assertiva da professora Flávia Piovesan, qualquer violação ao denominado “mínimo ético irreduzível” importará em lesão dos direitos humanos fundamentais¹⁷.

Pelo exposto, vê-se que historicamente o processo de internacionalização dos direitos humanos está alicerçado num passado dramático e recente, se comparado com a história geral do direito. No entanto, este é apenas um dos sustentáculos deste ramo do direito.

Adiante abordar-se-á o conceito, as fontes, os princípios jurídicos, enfim, o complexo axiológico que embasa o D.I.D.H. (Direito Internacional dos Direitos Humanos), ainda preliminarmente à problemática proposta.

1.2 SOBRE OS DIREITOS HUMANOS

“Direitos Humanos” é uma expressão utilizada, muitas vezes, para se referir também aos Direitos do Homem e aos Direitos Fundamentais, isto graças à efetiva relação existente entre eles, através do objeto e dos bens jurídicos tutelados. Contudo, para fins de pesquisa, é interessante expor as diferenças entre cada um desses tópicos abaixo:

Direitos do Homem – são aqueles considerados a título de direitos naturais, reconhecidos consuetudinariamente e, capazes de proteger o ser humano dado seu reconhecimento no âmbito global¹⁸.

Direitos Humanos – refere-se àquele rol de direitos consignados em instrumentos normativos internacionais aptos a garantir a proteção do indivíduo¹⁹.

Direitos Fundamentais – são os primordiais para estruturar uma democracia, uma vez que, são inerentes às liberdades que alicerçam o Estado Democrático de Direito. Os Direitos Fundamentais estão relacionados dentre os que visam a proteção do homem e encontram-se registrados nas Constituições dos Estados²⁰.

¹⁷ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional, 7ª ed. rev., ampl e atual., São Paulo: Saraiva, 2006. p144.

¹⁸ MALHEIRO, Emerson Penha. Manual de Direito Internacional Público, 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p140.

¹⁹ Idem.

²⁰ Ibidem.

A referida relação, entre cada tópico acima, demonstra-se por este raciocínio: os Direitos do Homem se estabelecem através do costume que permeia as relações internacionais, posteriormente, são positivados e consignados em atos normativos internacionais, tornando-se regras de Direitos Humanos, que, por sua vez, são assimilados pelas Constituições dos Estados como normas de Direito Fundamental. Portanto, não obstante a diferença conceitual exposta, dificilmente estudaremos cada um deles separadamente dada a complementaridade existente.

Face ao crescente movimento de universalização dos Direitos Humanos, ocorre a flexibilização das noções de soberania nacional e de jurisdição doméstica, sedimentando entre as nações um parâmetro internacional mínimo de proteção desses direitos. Nas palavras de Flávia Piovesan²¹:

Ao constituir tema de legítimo interesse internacional, os direitos humanos transcendem e extrapolam o domínio reservado do Estado ou da competência nacional exclusiva. São criados parâmetros globais de ação estatal, que compõe um código comum de ação, ao qual os Estados devem se conformar, no que diz respeito à promoção e proteção dos direitos humanos.

Tal movimento aquece novamente uma antiga discussão doutrinária entre a corrente do **relativismo cultural** e a corrente do **universalismo**.

Dizem os **relativistas**, apesar de certa divergência, acerca da cultura, o seu principal fundamento, que o direito está estreitamente vinculado ao sistema político, social, econômico, cultural e moral, vigente em determinada sociedade. Por essa razão afirmam que cada cultura deve criar suas próprias definições sobre direitos fundamentais, pois os mesmos estão relacionados com as características históricas e culturais próprias de cada grupo social²².

Para os **universalistas**, o fundamento dos direitos humanos é a dignidade humana, concebida como valor inerente à própria condição humana, motivo pelo qual observa-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos expressões como: (Art. 2º – “**todas as pessoas** têm direito à vida e à liberdade...”, Art. 5º – “**ninguém** poderá ser submetido a tortura...”), e outras mais. E consideram que, embora a prerrogativa de exercer a própria cultura seja um direito fundamental, inserto na própria declaração universal, nenhuma concessão é feita às chamadas

²¹ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional, 7ª ed. rev., ampl e atual., São Paulo: Saraiva, 2006. p5.

²² PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional, 7ª ed. rev., ampl e atual., São Paulo: Saraiva, 2006. p141-147.

“peculiaridades culturais”, quando oferecerem risco de violação dos direitos humanos fundamentais²³.

Os ***relativistas culturais*** dizem que a universalidade dos direitos humanos é uma imposição ocidental a outras culturas daquilo que entendem por dignidade humana. Já os universalistas se defendem, afirmando que este é um astuto argumento utilizado pela corrente relativista cultural para justificar as violações aos direitos humanos em nome da cultura, citando como exemplo a prática da clitorectomia e da mutilação feminina por várias sociedades da cultura não ocidental²⁴.

A resposta a este questionamento, não está pacificada na doutrina e há quem defenda uma composição entre as correntes.

Deve-se considerar que cada cultura tem sua concepção de dignidade humana, mesmo que incompleta, conforme explica Boaventura de Souza Santos²⁵:

Os direitos humanos têm que ser reconceptualizados como multiculturais. O multiculturalismo, tal como eu o entendo, é pré-condição de uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e a legitimidade local, que constituem os dois atributos de uma política contra-hegemônica de direitos humanos no nosso tempo.

Mesmo assim, em 1993, foi realizada a Declaração dos Direitos Humanos de Viena, reafirmando o caráter universal dos direitos humanos ao reiterar o expresso na Declaração Universal de 1948, porém, com impacto mais significativo no âmbito internacional, visto que, a Declaração de 1948, adotou à época, como instrumento formal, a Resolução da Assembléia Geral da ONU e, não constituiu obrigações jurídicas para os Estados partes. Assumiu caráter eminentemente informativo e orientador, sua aprovação contou com 48 votos favoráveis e 08 abstenções.

Embora não tenha caráter obrigatório ou juridicamente vinculante, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 traz em seu conteúdo a base axiológica do Direito Internacional dos Direitos Humanos, e, a partir desta, vários outros instrumentos internacionais de proteção destes direitos foram elaborados.

E sob esta influência, a Declaração dos Direitos Humanos de 1993, foi concebida na forma de tratado internacional. Em sendo instrumento juridicamente vinculante para os países signatários, ratificado voluntária e consensualmente por 171 Estados, supera em expressividade a Declaração anterior. Porém não em

²³ idem

²⁴ Ibidem

importância, pois, neste aspecto, considerando as referidas declarações, fontes de direito internacional, podemos afirmar que ambas se encontram no mesmo patamar.

Comentando sobre as supracitadas declarações, segue o pensamento de Hildebrando Accioly G. E. do Nascimento e Silva e Paulo Borba Casella²⁶, a seguir:

A **Declaração Universal** de 1948, bem como os instrumentos subseqüentemente adotados, no contexto da ONU, inscrevem-se no movimento de busca de recuperação da dignidade da pessoa humana, após os horrores cometidos pelo nazifacismo, mas sobretudo se dá a mudança no enfoque, quanto a ser o estabelecimento de sistema de proteção dos direitos fundamentais **intrinsecamente internacional**. Todo o sistema se constrói a partir de tal premissa.

Em 1993, outro marco na proteção internacional dos direitos humanos, a **Declaração e Programa de Ação de Direito Humanos da Conferência Mundial de Direitos Humanos** da Organização das Nações Unidas, realizada em Viena, realça a **universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos**.

Ainda sobre Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948; nota-se os direitos nela compreendidos divididos em três gerações: a) primeira geração, os direitos civis e políticos; b) segunda geração, os direitos econômicos, sociais e culturais; e c) terceira, os chamados direitos de solidariedade. Todavia, a divisão dos direitos humanos em gerações, da forma como se observa nesta Declaração, merece ressalva. Conforme o exposto pelo professor Emerson Penha Malheiro²⁷:

No entanto, é relevante destacar que a melhor doutrina rejeita esta classificação tradicional de direitos humanos, pois quando se fala em gerações, significa dizer que a subseqüente substitui a anterior, o que não acontece na prática. Os direitos humanos são na realidade, indivisíveis, interdependentes e complementares.

Os entendimentos doutrinários expostos acima, se sustentam nos princípios basilares do direito internacional dos direitos humanos: universalidade, indivisibilidade, interdependência e complementaridade. Tais características não admitem que a “geração” mais antiga de direitos humanos seja sucumbida pela “geração” posterior.

Na verdade, há coexistência entre os direitos humanos, tutelados nas diferentes fases da evolução jurídica e doutrinária acerca da matéria. Portanto, todos os direitos açambarcados pela Declaração de 1948 estão no mesmo patamar, e gozam do mesmo grau de importância na ordem jurídica internacional.

²⁵ SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos, Revista Lua Nova, v. 39, p.112.

²⁶ ACCIOLY, Hildebrando de, SILVA, G. E. do Nascimento e, CASELLA, Paulo Borba. Manual de Direito Internacional Público, 16ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p451.

²⁷ MALHEIRO, Emerson Penha. Manual de Direito Internacional Público, 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p143.

1.3 DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Para alcançar proficuamente o entendimento sobre o direito internacional dos direitos humanos (D.I.D.H.), é salutar conhecer a diferença entre este e os outros ramos do direito internacional, a saber:

Direito Internacional Privado – é o ramo do direito que, através de normas de conexão, estabelece critérios para o cumprimento, bem como, para solução de conflitos entre a legislação doméstica e a estrangeira. Determina qual das duas normas será aplicada no caso concreto para tutelar o direito de um particular.

Assim entende Nadia de Araujo²⁸:

Disciplina jurídica autônoma, sua denominação, apesar de imperfeita, está consagrada. Não é internacional, nem privado, pois é ramo do direito público interno. Suas regras determinam quando o direito estrangeiro será aplicável dentro do território nacional.

Direito Internacional Público – é o segmento do direito internacional em que apenas Pessoas Jurídicas de Direito Internacional são partes, estabelece regras que visam o bom relacionamento na comunidade internacional no que tange à diplomacia, o comércio, o trânsito de pessoas, e etc. Visa estabelecer e disciplinar as relações de reciprocidade e equilíbrio entre Estados com a finalidade de garantir a satisfação dos interesses dos próprios pactuantes.

Sobre este Ramo expõe Francisco Rezek²⁹:

“Sistema jurídico autônomo, onde se ordenam as relações entre Estados soberanos, o direito internacional público – ou direito das gentes, no sentido de direito das nações – repousa sobre o consentimento.”

Direito Internacional dos Direitos Humanos – é parte do direito internacional público. Através de acordos internacionais, voluntariamente aderidos pelos Estados, amparam os indivíduos independentemente de nacionalidade, como sujeitos de direito internacional, e lhes garante a tutela de direitos constitucional e internacionalmente reconhecidos como básicos ou fundamentais. Tem por objetivo garantir o exercício dos direitos da pessoa humana.

Segue entendimento de Emerson Penha Malheiro³⁰ sobre o D.I.D.H.:

É o grupo institucionalizado de disposições internacionais essenciais elaboradas pela confluência da manifestação de vontades de Estados, que tem por objetivo determinar direitos e garantias do ser humano, estabelecendo um conjunto de

²⁸ ARAUJO, Nadia de. Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira, 3ª ed., ampl., atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p31.

²⁹ REZEK, Francisco. Direito Internacional Público: Curso Elementar, 11ª ed., rev., atual, São Paulo: Saraiva, 2008. p3

³⁰ MALHEIRO, Emerson Penha. Manual de Direito Internacional Público, 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p141.

fatores indispensáveis para a sua sobrevivência e evolução de sua personalidade, bem como o respeito a sua dignidade, mediante sua defesa contra o alvedrio dos excessos do poder dos órgãos estatais.

Posto isto, nota-se, no Direito Internacional dos Direitos Humanos, uma carga materialmente constitucional³¹, considerando que os direitos humanos ao longo da experiência legislativa no mundo sempre foram objetos de base do direito constitucional. Neste ponto, resta pacífica a existência da inter-relação entre o ramo do Direito Constitucional e o Internacional dos Direitos Humanos, permitindo à crescente corrente doutrinária a realização de um estudo interdisciplinar, culminando na resultante: **Direito Constitucional Internacional**,

Consoante explanação de Flávia Piovesan³²:

Por direito constitucional Internacional subentende-se aquele ramo do Direito no qual se verifica a fusão e a interação entre o direito constitucional e o direito internacional, interação que assume um caráter especial quando esses dois campos do direito buscam resguardar um mesmo valor – o valor da primazia da pessoa humana – concorrendo na mesma direção e sentido.

Destarte, vê-se que o Direito Internacional dos Direitos Humanos tende universalizar a proteção dos mais relevantes bens jurídicos constitucionalmente tutelados, como por exemplo, as garantias e as liberdades individuais.

Estabelecidos os conceitos, bem como, as posições doutrinárias, torna-se possível entender as diferenças apontadas acima pelo seguinte raciocínio:

O direito internacional privado cuida da integração entre as leis alienígenas e as domésticas, enquanto o direito internacional público se insere como norma nova, válida nos países que a ela voluntariamente manifestarem aceitação. Este ramo do direito internacional cuida do equilíbrio das relações comerciais e diplomáticas entre as nações e, neste aspecto, o indivíduo é tutelado indiretamente, visto que, as normas estabelecidas em tratados, convenções ou outro instrumento desta natureza, gera direitos e obrigações, *a priori*, para os Estados pactuantes.

Não obstante, há um vértice do ramo internacional público que se dedica à elaboração de instrumentos normativos, dentro das mesmas linhas gerais acima citadas. Porém, com observância dos indivíduos e cidadãos em primeiro plano, considerando-os como destinatários de direitos e deveres na esfera supranacional.

É interessante, frisar neste ponto, que a Carta Magna Brasileira de 1988, Art. 12, trata da distinção entre o nacional e o estrangeiro, pelo critério de exclusão, pois

³¹ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional, 7ª ed. rev., ampl e atual., São Paulo: Saraiva, 2006. p16.

quem não se enquadra na definição de brasileiro, é conseqüentemente definido como estrangeiro. Para ilustrar o entendimento doutrinário, faz-se abaixo, citação de Hidelbrando Accioly, G. E. do Nascimento e Silva e Paulo Borba Casella³³:

Ao determinar quais são os seus nacionais, o estado automaticamente classifica como estrangeiros os demais indivíduos que se encontram em seu território, quer a título permanente, quer a título temporário, os quais poderão possuir nacionalidade estrangeira ou ser apátridas, isto é não possuir qualquer nacionalidade.

A legislação relativa à condição jurídica do estrangeiro tem sua justificativa no direito de conservação e no de segurança do estado, mas deve, sempre, ter como base o respeito aos seus direitos humanos.

Portanto, esse seguimento oferece a tutela uniforme dos direitos inerentes à pessoa humana, independentemente de serem cidadãos ou indivíduos e traz ao ordenamento jurídico internacional a tutela dos direitos e garantias fundamentais, homenageando o valor da primazia da pessoa humana, guardando a sua dignidade.

Assim especializa-se enquanto disciplina jurídica, apesar da relação que guarda com o direito internacional público, do qual formalmente faz parte, o até então mencionado vértice, hoje é denominado Direito Internacional dos Direitos Humanos.

1.4 FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Através do observado na doutrina, nota-se uma relação entre o D.I.D.H., D.I.P. e o D.I.Pr. também no que tange às suas fontes, considerando-as como a origem primária do direito, uma vez que, constituem elementos reais determinantes para o surgimento das regras jurídicas.

Insta ressaltar, concomitantemente à evolução do pensamento jurídico, ocorre a ampliação do rol das fontes de direito internacional, cuja ordem de acontecimento melhor se explica com as palavras de Flávia Piovesan³⁴:

Foi com o crescente positivismo internacional que os tratados se tornaram a fonte maior de obrigação no plano internacional, papel até então reservado ao costume internacional. Tal como no âmbito interno, em virtude do movimento do Pós-Positivismo, os princípios gerais de direito passam ganhar cada vez maior relevância como fonte do direito internacional na ordem contemporânea.

³² PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional, 7ª ed. rev., ampl e atual., São Paulo: Saraiva, 2006. p16-17.

³³ ACCIOLY, Hildebrando de, SILVA, G. E. do Nascimento e, CASELLA, Paulo Borba. Manual de Direito Internacional Público, 16ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p491.

³⁴ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional, 7ª ed. rev., ampl e atual., São Paulo: Saraiva, 2006. p109.

Consoante a citada doutrina, identifica-se ***três fontes primárias do direito***, entendendo na expressão “fonte do direito”, sinônimo de fundamento de validade da ordem jurídica: as convenções ou tratados internacionais, o costume internacional, e os princípios gerais do direito. Não obstante, existem fontes secundárias ou meios auxiliares a saber: a jurisprudência, a doutrina e o princípio da equidade sob certas condições. Sobre as fontes explica o mestre Emerson Penha Malheiro³⁵:

Há uma diferença entre fontes formais e materiais. As primeiras são imediatas, mais próximas, enquanto que as demais são mediatas e, portanto, mais distantes, 'condicionadas pelos chamados fatores de direito', referindo-se a componentes éticos, sociológicos, históricos que servem para a criação do conteúdo da norma do direito”. E completa: “O direito internacional público não se ocupa das fontes materiais, que serão objeto de estudo da filosofia do direito, mas das fontes formais que estão escritas como um referencial no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

Vejamos as fontes sob a concepção da professora Nadia de Araujo³⁶:

As fontes de origem internacional também são de caráter legislativo – tratados e convenções – doutrinário – as principais obras de outros países - , e jurisprudencial – o labor dos tribunais, internacionais, como a Corte Internacional de Justiça, os tribunais ad hoc de Arbitragem, os exemplos de cortes regionais, v.g., Corte Interamericana de Direitos Humanos, OEA e Corte Européia de Direitos Humanos...

A título de ilustração, segue abaixo a transcrição do Art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, também conhecida como Corte Internacional de Haia, que é parte integrante da Carta da ONU de 1948:

A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

- as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
- o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
- os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas;
- sob ressalva da disposição do Artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.

As fontes das normas jurídicas internacionais se apresentam nas formas expostas acima. Apesar da relevância de todas as fontes de direito internacional, neste plano jurídico, merecem maior ênfase, os tratados e convenções internacionais, sem prejuízo das construções jurídicas da mesma natureza, pois atualmente, são os instrumentos geradores de obrigações mais utilizados entre as nações.

³⁵ MALHEIRO, Emerson Penha. Manual de Direito Internacional Público, 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p52.

1.5 PRINCÍPIOS DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Princípios, em relação ao direito, são palavras cujos significados expressam os valores à serem considerados dentro do ordenamento jurídico. São os pilares de validade das normas legais e, instrumentos norteadores da interpretação jurídica das normas e dos fatos. Conforme publicação do Superior Tribunal de Justiça³⁷:

Princípios de uma ciência são as proposições básicas e fundamentais condicionantes de quaisquer estruturas posteriores; são, desta forma, os alicerces. Cretella Neto, citando Karl Larenz, leciona que os princípios são de grande relevância para o ordenamento jurídico, pois estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito disso decorrendo normas de comportamento.

Os princípios, diferentemente das regras, têm caráter mais amplo e, por finalidade, fazem a integração entre a parte objetiva do ordenamento jurídico e os valores que este pretende resguardar. Sobre este ponto, é interessante expor o pensamento de Luís Roberto Barroso³⁸:

Regras são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista no relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional da subsunção: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. A aplicação da regra se opera na modalidade tudo ou nada...

Seguimos com o mesmo autor a finalizar a diferenciação em tela³⁹:

Princípios, por sua vez, contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. Em uma ordem democrática, os princípios freqüentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá ocorrer mediante ponderação: à vista do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um...

Visto a parte conceitual, assim como a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas, segue, adiante, exposição dos princípios que dão sustentação às relações internacionais. Também serão abordados os princípios que orientam o Brasil nas relações com os demais Estados, além daqueles inerentes às normas de proteção internacional dos direitos humanos.

Podemos encontrar alguns dos princípios que regem as relações internacionais na Carta das Nações Unidas de 1945, em seu Capítulo I, artigos 1 e

³⁶ ARAUJO, Nadia de. Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira, 3ª ed., ampl., atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p134.

³⁷ Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16323>>, acesso em: [21/02/2009], às [09:17]

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 6ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2004. p351.

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 6ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2004. p351-352.

2, tais como: a igualdade de direitos; a autodeterminação dos povos; a igualdade soberana e a independência de todos os Estados; a não-intervenção nos assuntos internos dos Estados; a proibição de ameaça ou do emprego da força; do respeito universal; da observância dos direitos humanos; e das liberdades fundamentais para todos, sem qualquer tipo de distinção.

O Brasil recebeu forte influência do plano jurídico internacional, ao elaborar a Constituição de 1988. Considerada a “constituição cidadã”, homenageou os princípios jurídicos instados acima, tutelou de forma robusta a dignidade da pessoa humana, ampliou o bloco de constitucionalidade e abriu as portas para um relacionamento pacífico e estreito com as outras nações soberanas.

Preparar o Brasil para atuar com maestria no plano internacional foi a vontade do legislador constituinte, notadamente desde o preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a saber:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Em seu título I, logo no inciso III do Art. 1º da Carta de 1988, o poder constituinte originário fundou nossa Nação sobre o princípio da dignidade da pessoa humana.

Corroborando a crescente tutela deste princípio jurídico no âmbito internacional, tal afirmativa resta evidente diante do inciso II do Art. 4º da CRFB-88. A harmonização com o preconizado pela Organização das Nações Unidas se revela através da íntegra deste artigo, conforme segue:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

- I - independência nacional;
- II - prevalência dos direitos humanos;
- III - autodeterminação dos povos;
- IV - não-intervenção;
- V - igualdade entre os Estados;
- VI - defesa da paz;
- VII - solução pacífica dos conflitos;
- VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
- X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Exaltando a prevalência dos direitos humanos no Art. 4º, II da CRFB-88, o legislador quis deixar claro para a comunidade internacional o que já era óbvio face ao Art. 1º, III da nossa Carta Magna. Todo o ordenamento jurídico pátrio orbita em torno do ser humano. Assim, normas são criadas, revogadas ou modificadas visando em primeiro plano a dignidade da pessoa humana, considerada princípio e fim do próprio ordenamento jurídico e consagrada pela doutrina como super-princípio⁴⁰.

Dando abertura constitucional para as construções normativas internacionais compatíveis com os preceitos e valores resguardados pelo ordenamento jurídico doméstico, no que tange os direitos e garantias inerentes a condição humana, existe, no Art. 5º, §2º da CRFB-88, a seguinte previsão:

“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.”

Com base nestes dados, verifica-se a interação entre o direito constitucional e o direito internacional, pois ambos fundem-se, visto que tutelam os direitos humanos, caminhando na mesma direção e sentido. Sustenta-se, assim, o que a professora Flávia Piovesan entende por Direito Constitucional Internacional, cujo raciocínio encontra-se citado no item 1.3 da presente monografia.

No que diz respeito à proteção internacional dos direitos humanos, ainda deve-se considerar os princípios da Universalidade da Indivisibilidade e da Interdependência.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, nos explica que os direitos humanos devem ser atribuídos igualmente a todos os indivíduos pertencentes a raça humana, sem qualquer distinção quanto a pessoa, ou qualquer diferença em relação ao tempo e lugar. Esta noção de universalidade é verificada através do preâmbulo e artigos a seguir:

(...) Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades humanas fundamentais e a observância desses direitos e liberdades,
Artigo I.

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Artigo II.

1. Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

⁴⁰ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional, 7ª ed. rev., ampl e atual., São Paulo: Saraiva, 2006. p31.

2. Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.

Concernente ao princípio da Indivisibilidade, vê-se que, apesar separados para fins de estudo e codificação, na prática os direitos humanos devem ser garantidos e exercidos conjuntamente, a exemplo dos direitos à vida e à dignidade. Já o princípio da Interdependência nos dá a idéia de que para um ser humano gozar de um direito, necessariamente dependerá da plena fruição de outro. Neste caso, podemos observar a intangibilidade do direito a privacidade sem o pleno gozo da liberdade.

Os princípios da Indivisibilidade e Interdependência também são percebidos dentro contexto expresso na Declaração de 1948. No entanto, para efeitos de citação, abaixo segue item 5 da Declaração de Viena de 1993 que, reiterou a declaração anterior, porém com maior adesão pela comunidade internacional e com caráter juridicamente vinculante:

5. Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.

A constante discussão dos direitos humanos na arena internacional, revela outros princípios e características destes, além das mencionadas acima. Devem, portanto, balizar a tutela e a interpretação dos direitos e garantias próprias da condição humana.

Dentre os princípios de direito internacional dos direitos humanos podemos ainda frisar o "*ius cogens*", ou congenialidade, inserto também na Declaração de Viena de 1993, nos seguintes termos:

"...Os direitos humanos e as liberdades fundamentais são direitos naturais de todos os seres humanos; sua proteção e promoção são responsabilidades primordiais dos Governos."

A interpretação feita a partir deste princípio é que o rol dos direitos fundamentais e garantias de cada ser humano, nasce juntamente com os mesmos. Ou seja, advém única e exclusivamente da condição humana, não sendo necessário o exercício de qualquer ato, ou cumprimento de qualquer requisito, além de nascer e ser indivíduo da espécie humana.

Antes de finalizar a explanação acerca dos princípios que norteiam o direito internacional dos direitos humanos, é de bom alvitre expor outras características dos direitos humanos segundo o entendimento do mestre Emerson Penha Malheiro, no seguinte sentido:

Para ele, os direitos humanos são irrenunciáveis, pois, não podem ser abdicados, recusados ou rejeitados. Diante da impossibilidade de transferí-los a outrem são inalienáveis, ou, indisponíveis. São também inexauríveis considerando que nunca se esgotam, pois, estão sempre vinculados a valores, possibilitando agregar ao rol novos direitos, sem desconfigurar os anteriores. Complementaridade, essa característica reforça a anterior, visto que, conforme o autor, os direitos humanos não devem ser interpretados isoladamente, e sim em comunhão com outros direitos, de natureza igual ou diversa, complementando, desta forma, a ordem jurídica, e, ampliando a proteção da espécie humana. Aos direitos humanos é conferida a imprescritibilidade, assim, não perdem os efeitos pelo decurso do tempo, outrossim, podem ser exigidos a qualquer momento. A inviolabilidade é entendida no sentido de que ninguém pode empreender ofensa lididamente contra eles, nem mesmo questionar sua vigência ou negá-los, atitudes essas que ensejam responsabilização do agente penal, civil e administrativamente. É notada a essencialidade dos direitos humanos, haja vista a relação destes, com os interesses primordiais à sobrevivência da espécie humana. Outra característica marcante é sua efetividade, não basta o mero reconhecimento pelo poder público, assim, o Estado deve se responsabilizar e proporcionar-lhe aplicação efetiva⁴¹.

A efetividade é uma característica dos direitos humanos determinada no próprio Texto Constitucional brasileiro, consoante Art. 5º, §1º da CRFB-88:

“§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

Da mesma forma é atribuída aos direitos humanos a proibição de regresso. Em razão da natureza das normas, elas complementam o rol de direitos e garantias contidas no Art. 5º da CRFB-88 e, portanto, são consideradas cláusulas pétreas, nos termos do Art. 60, §4º, IV da nossa Carta Maior. Sendo assim, não podem objetos de emendas ou deliberações que lhes diminua a tutela estatal:

“§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
(...);
IV - os direitos e garantias individuais.”

⁴¹ MALHEIRO, Emerson Penha. Manual de Direito Internacional Público, 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p146-148.

Sobre a efetiva guarida conferida aos tratados, pactos, acordos internacionais, de matéria relativa a proteção dos direitos humanos, que vinculam juridicamente os Estados signatários, há de se fazer menção aos princípios da voluntariedade, do livre consentimento, da boa-fé e a regra “*pacta sunt servanda*”, (o pacto firmado deve ser cumprido).

Tais princípios, apesar de serem há muito aceitos pelo costume internacional, encontram-se também positivados em acordos internacionais, seja implícita ou explicitamente. Exemplo disso é a Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, que será abordada com mais vagar a seguir.

Neste capítulo foram abordados os momentos históricos relevantes e apresentado o conceito de Direitos Humanos, as diferenças conceituais entre Direito Internacional Privado, Direito Internacional Público e Direito Internacional dos Direitos Humanos, juntamente com suas fontes, princípios e características.

De acordo com Hidelbrando Accioly, G. E. do Nascimento e Silva e Paulo Borba Casella⁴²:

O estudo do fundamento do direito internacional busca explicar a sua obrigatoriedade. Trata-se do problema mais complexo da matéria, pois a formulação das regras de direito internacional poderá variar conforme a posição apriorística adotada. Mas não obstante a importância atribuída à questão pela grande maioria, para vários conceituados autores o estudo do fundamento não faz parte do direito internacional propriamente dito.

Apesar do supracitado, espera-se ter proporcionado o embasamento inicial necessário para compreensão e conhecimento da origem da proteção dos direitos humanos, do direito internacional e dos tratados e eles relativos.

⁴² ACCIOLY, Hildebrando de, SILVA, G. E. do Nascimento e, CASELLA, Paulo Borba. Manual de Direito Internacional Público, 16ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p108.

2 TRATADOS INTERNACIONAIS

2.1 VISÃO GERAL SOBRE OS TRATADOS INTERNACIONAIS

Os tratados internacionais, conforme visto no item 1.4 *retro*, da presente monografia, fazem parte do rol das fontes de direito internacional. Portanto, para termos uma visão geral, inicialmente é válido reiterar essa característica.

Assim afirma Flávia Piovesan⁴³:

“Começa-se por afirmar que os tratados internacionais, enquanto acordos internacionais juridicamente vinculantes (*pacta sunt servanda*), constituem hoje a principal fonte de obrigação do direito internacional.”

Enquanto fonte do direito, se difere do costume internacional devido sua característica básica, a formalidade, enquanto os costumes são fundados na oralidade. Eles não se anulam, pelo contrário, se complementam, considerando que os tratados não se ocupam tão somente de formalizar novas regras de direito internacional mais também de reiterar de forma escrita o que já está consuetudinariamente sedimentando na comunidade internacional.

Corroborando o exposto, a idéia de Francisco Rezek⁴⁴:

O tratado é um acordo formal: ele se exprime, com precisão, em determinado momento histórico, e seu teor tem contornos bem definidos. Aí repousa, por certo, o principal elemento distintivo entre o tratado e o costume, este último também resultante do acordo entre pessoas de direito das gentes, e não menos propenso a produzir efeitos jurídicos, porém forjados por meios diversos daqueles que caracterizam a celebração convencional.

A palavra “Tratado” é utilizada para se referir aos instrumentos normativos internacionais celebrados voluntariamente entre as nações soberanas, e entre estas e as organizações internacionais com competência para tal. Esta expressão se popularizou por fazer uma alusão genérica aos acordos firmados por escrito dentre a comunidade internacional. Segundo o Ministério das Relações Exteriores⁴⁵:

A expressão Tratado foi escolhida pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, como termo para designar, genericamente, um acordo internacional. Denomina-se tratado o ato bilateral ou multilateral ao qual se deseja atribuir especial relevância política.

Além do termo tratado, os atos internacionais também podem ser denominados de Convenção, Protocolo, Pacto, Estatuto, Carta, Convênio, Acordo, Memorando, Ato, Constituição, Ata, Ajuste, Concordata, dentre outros.

⁴³ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional, 7ª ed. rev., ampl e atual., São Paulo: Saraiva, 2006. p43.

⁴⁴ REZEK, Francisco. Direito Internacional Público: Curso Elementar, 11ª ed., rev., atual, São Paulo: Saraiva, 2008. p16-17

Neste raciocínio, entende-se por ato internacional o ato constitutivo de vínculos e obrigações no âmbito internacional, celebrado através de documento escrito. A denominação dada ao instrumento normativo, pode variar em virtude do conteúdo, independentemente da forma.

Consoante entendimento do Ministério das Relações Exteriores⁴⁶:

É variada a denominação dada aos atos internacionais, tema que sofreu considerável evolução através dos tempos. Embora a denominação escolhida não influencie o caráter do instrumento, ditada pelo arbítrio das partes, pode-se estabelecer certa diferenciação na prática diplomática, decorrente do conteúdo do ato e não de sua forma.

Sendo assim, inobstante determinados termos serem costumeiramente atribuídos a certos tipos de tratados, não há impedimento legal à utilização de quaisquer dos termos ou vocábulos existentes para se referir a qualquer obrigação assumida por escrito entre pessoas jurídicas de direito internacional.

Face ao exposto, aproveita-se o ensejo para trazer à colação alguns termos ou vocábulos atribuídos aos tratados internacionais, que serão abordados nesta monografia, também em razão do conteúdo.

Geralmente, denomina-se de “Carta” ou de “Constituição”, os tratados constitutivos de organizações internacionais intergovernamentais, como exemplo, a Carta da Nações Unidas de 1945. Vê-se a utilização do vocábulo “Convenção” para designar um tratado sem fins políticos, a exemplo da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, datada de 1969. O termo “Estatuto” não raro é empregado para a criação de Tribunais Internacionais, neste caso, faz-se menção ao Estatuto de Roma de 1998, que criou o Tribunal Penal Internacional. Enquanto o termo “Declaração” é aproveitado para realizar a manifestação de princípios, como ocorreu na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948⁴⁷.

No que tange à estrutura dos tratados internacionais, ao contrário das várias denominações supracitadas, observa-se, a partir da análise dos mais diversos instrumentos normativos, uma composição ordenada de maneira lógica e uniforme. Por este motivo, pode-se afirmar que os tratados internacionais possuem a seguinte

⁴⁵ Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/003.html>>, acesso em: [11/03/2009], às [17:00]

⁴⁶ Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/003.html>, acesso em: [11/03/2009] às [17:12]

⁴⁷ MALHEIRO, Emerson Penha. Manual de Direito Internacional Público, 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p69-70.

estrutura básica: Título, Preâmbulo, Considerações, Dispositivo e Fecho. Pode eventualmente haver também anexos⁴⁸.

Nesta ordem, é o título o elemento distintivo do tratado, e por vezes também informa a sua finalidade, o preâmbulo, juntamente com as considerações, fazem constar os nomes das partes, os fundamentos e os objetivos, assumindo a forma de exposição de motivos do tratado⁴⁹.

Na parte dispositiva, constam as cláusulas, os artigos, as regras do tratado. É neste momento que a comunidade internacional efetivamente disciplina a matéria, já o fecho, como o próprio nome diz, é o fechamento, o encerramento, onde o tratado é datado e são apostadas as assinaturas. Os anexos, por sua vez, são informações complementares ao documento principal do tratado internacional⁵⁰.

Assim como um contrato, no que diz respeito à classificação, os tratados podem ser analisados sob o aspecto formal, ou seja, pelo número de partes, e pelo procedimento adotado para ratificação. Também pode ser submetido a uma análise do seu aspecto material, e, esta abrange a natureza das normas nele contidas, bem como sua execução no tempo e no espaço⁵¹.

Os tratados, com relação ao número de partes, podem ser classificados como bilaterais, se concluído entre duas partes, ou multilaterais, se concluído entre mais de duas partes. Referente ao procedimento adotado para expressar o consentimento num tratado, eles podem ser considerados simples, complexos ou denominados acordos executivos.⁵²

Os tratados de procedimento simples são aqueles que se tornam aptos a produzirem efeitos desde a assinatura, independentemente de ratificação. Já os acordos executivos, para obterem plena vigência, dependem tão somente do chefe do poder executivo, pois, não são submetidos às vistas do legislativo⁵³.

Enquanto o tratado complexo ou de procedimento longo, é assim considerado, quando submetido a forma tradicional de expressão da vontade do Estado, ou seja, é primeiramente negociado e assinado pelo executivo, e,

⁴⁸ MALHEIRO, Emerson Penha. Manual de Direito Internacional Público, 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p63-64.

⁴⁹ Idem.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ REZEK, Francisco. Direito Internacional Público: Curso Elementar, 11ª ed., rev., atual, São Paulo: Saraiva, 2008. p25.

⁵² REZEK, Francisco. Direito Internacional Público: Curso Elementar, 11ª ed., rev., atual, São Paulo: Saraiva, 2008. p25-27.

⁵³ Idem.

posteriormente passa pela aprovação do poder legislativo, para somente depois obter plena vigência⁵⁴.

Os tratados internacionais, no que diz respeito à aplicação no tempo, podem ser denominados de tratados executados, estáticos, transitórios ou de efeitos limitados, considerando que os efeitos se manifestam uma única vez, dispendo de forma perene sobre a matéria. Cita-se como exemplo os tratados que versam sobre limites territoriais, cessão ou permuta de território⁵⁵.

Também podem ser chamados de tratados executórios, permanentes, dinâmicos, ou de efeitos sucessivos, quando disciplinam os atos que devem ser executados regularmente diante de determinadas situações. Se enquadram nesse tipo de tratado, os tratados de comércio e os de extradição⁵⁶.

Com relação a sua execução no espaço, os tratados internacionais não sofrem exatamente uma classificação. Sobre este aspecto, ocorre a análise do “*quantum*” do território dos países pactuantes está subordinado ao disposto em um determinado tratado internacional, conforme Artigo 29 da Convenção de Viana de 1969:

“A não ser que uma intenção diferente se evidencie do tratado, ou seja estabelecida de outra forma, um tratado obriga cada uma das partes em relação a todo o seu território.”

Por exemplo, na hipótese do Brasil celebrar um tratado de cooperação com a Venezuela, visando a exploração de petróleo na região Bacia de Campos, somente a região mencionada ficaria submetida aos termos do tratado. Sendo facultado ao Brasil dispor livremente do petróleo explorado em outras regiões do seu território.

A classificação, com relação ao alcance territorial dos tratados internacionais, ocorre, todavia, quando este é celebrado tendo em vista as nações de uma determinada região. Assim, um tratado internacional pode ser classificado como regional ao estabelecer que somente os países de determinada região têm capacidade para pactuar. Esta hipótese pode ser ilustrada pelo tratado constitutivo da União Européia e o tratado constitutivo da Organização dos Estados Americanos.

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ ACCIOLY, Hildebrando de, SILVA, G. E. do Nascimento e, CASELLA, Paulo Borba. Manual de Direito Internacional Público, 16ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p134-135.

⁵⁶ Idem.

Outra classificação territorial dos tratados internacionais é a mundial ou a global, o tratado recebe esta classificação quando não estabelece restrições concernentes a região para um Estado manifestar sua adesão.

Similar aos contratos, para que um tratado internacional goze de validade é necessário observar se os sujeitos são capazes e se os seus representantes possuem competência para manifestar aceitação, se houve a livre manifestação de vontade, além de se verificar a licitude e a possibilidade jurídica do objeto, e, sobretudo, a forma de celebração do tratado⁵⁷.

Neste momento da pesquisa, após ter trazido a lume os principais aspectos dos tratados internacionais, suas características e seus requisitos formais de validade, é importante comentar sobre as regras que devem ser observadas para celebração de tratados internacionais.

A maneira de celebrar os tratados internacionais está regulada pelas regras de direito internacional, constantes no costume e nas leis internacionais, dentre as quais destaca-se a já mencionada Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados.

A Convenção de Viena de 1969 é conhecida como a lei dos tratados, pois, disciplina a forma de se elaborar os tratados, abordando, conceito, capacidade, procedimentos para manifestação de vontade, efeitos, formas de extinção, além de fazer constar os princípios que alicerçam a matéria. Pode-se afirmar que a Convenção de Viena de 1969 é o mais efetivo instrumento balizador do direito dos tratados na atualidade. Nas palavras de Hidelbrando Accioly, G. E. do Nascimento e Silva e Paulo Borba Casella⁵⁸:

A Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, assinada em 1969, internacionalmente em vigor desde 1980, é uma das mais importantes normas do direito internacional, e nesta as regras costumeiras sobre a matéria foram codificadas em documento quase perfeito. Evidência adicional da primazia do costume como fonte do direito internacional: as codificações bem-sucedidas normalmente o são, por refletirem adequadamente o que já era aceito como expressão da juridicidade, no plano internacional.

Pelo exposto, veio à colação a visão geral dos tratados internacionais, criando condições de se elaborar uma idéia do que seja um tratado internacional, independentemente de disciplinar matéria relativa ao direito internacional público, ou direito internacional dos direitos humanos.

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ ACCIOLY, Hildebrando de, SILVA, G. E. do Nascimento e, CASELLA, Paulo Borba. Manual de Direito Internacional Público, 16ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p130-131.

2.2 CONCEITO DE TRATADO INTERNACIONAL

A partir daqui, já existe a possibilidade de desenvolver-se uma conceituação própria dos tratados internacionais, sem prejuízo dos conceitos doutrinários acerca do referido objeto.

Os tratados internacionais podem ser considerados como acordos ou pactos internacionais, originados da vontade livre e consciente de nações soberanas e organizações internacionais, de obrigarem-se de forma juridicamente vinculante, através de documento escrito, e sob a égide das normas de direito internacional.

Segundo o professor Francisco Rezek⁵⁹:

“Tratado é todo acordo formal concluído entre pessoas jurídicas de direito público internacional, e destinado a produzir efeitos jurídicos.”

Para o mestre Emerson Penha Malheiro, tratado internacional é⁶⁰:

... um acordo, ajuste, arranjo, convenção, declaração entre pessoas jurídicas de direito internacional público, que firmam um compromisso de cumprimento e respeito às cláusulas e condições concluídas por escrito, com a finalidade de produzir efeitos jurídicos nas relações exteriores, criando preceitos de direito positivo, regidos pelas regras de direito internacional.

Segue o conceito de tratado internacional consoante a inteligência de Hidelbrando Accioly, G. E. do Nascimento e Silva e Paulo Borba Casella⁶¹:

“Por tratado entende-se o ato jurídico por meio do qual se manifesta o acordo de vontades entre dois ou mais sujeitos de direito internacional.”

Para sedimentar o entendimento conceitual dos tratados internacionais, insta ressaltar o conceito oficial extraído do Art. 2º, I, “a” da Convenção de Viena de 1969:

“tratado” significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica;

Sendo assim, Tratados Internacionais de Direitos Humanos são acordos internacionais, originados da vontade livre e consciente de nações soberanas e organizações internacionais, de obrigarem-se por escrito, de forma juridicamente vinculante e sob a égide das normas de direito internacional, visando a proteção dos direitos e garantias dos seres humanos e, considerando o princípio da dignidade da pessoa humana o início e o fim de todo o ordenamento jurídico.

⁵⁹ REZEK, Francisco. Direito Internacional Público: Curso Elementar, 11ª ed., rev., atual, São Paulo: Saraiva, 2008. p14.

⁶⁰ MALHEIRO, Emerson Penha. Manual de Direito Internacional Público, 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p60.

⁶¹ ACCIOLY, Hildebrando de, SILVA, G. E. do Nascimento e, CASELLA, Paulo Borba. Manual de Direito Internacional Público, 16ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p132.

Diante dos conceitos apresentados, tornam-se nítidas as principais características dos tratados internacionais: a forma escrita; a voluntariedade das partes; a capacidade de seus representantes; a obrigatoriedade, haja vista ser juridicamente vinculante; e a subordinação às regras de direito internacional vigentes, sem prejuízo do costume internacional e da legislação doméstica.

2.3 INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS AO ORDENAMENTO JURÍDICO

De modo geral, pode-se dizer que as regras que norteiam a conclusão de tratados internacionais estão contidas na Convenção de Viena de 1969, e na Convenção de Viena de 1986.

Ressalta-se que a mais importante diferença entre as duas convenções é a ampliação da capacidade para concluir ou celebrar tratados, pois se estendeu essa capacidade também para as Organizações Internacionais. O que pode ser notado comparando o Art. 6º de cada convenção. O artigo 6º da Convenção de Viena de 1969 diz que todo Estado soberano tem capacidade para concluir tratados. Já o artigo 6º da Convenção de Viena de 1986 afirma a capacidade das Organizações Internacionais para também realizarem tal feito. Assim ilustram Hildebrando Accioly, G. E. do Nascimento e Silva e Paulo Borba Casella⁶²:

A doutrina tradicional, baseada na prática dos estados, ensinava que apenas os estados soberanos tinham o direito de assinar tratados. Isso se tornou obsoleto. (...) a **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais** de 1986 trata especificamente da questão.

Compartilha do mesmo entendimento José Francisco Rezek⁶³:

“Todo Estado soberano tem capacidade para celebrar tratados, e igual capacidade costumam ter as organizações internacionais.”

Não obstante a importância do exposto acerca da capacidade para concluir tratados, adiante tratar-se-á da matéria com relação apenas aos Estados.

A gama de normas de direito internacional a ser observada ao pactuar e incorporar tratados internacionais pode variar de acordo com a teoria adotada por cada Estado, com legislação interna e com a natureza jurídica do tratado celebrado.

⁶² ACCIOLY, Hildebrando de, SILVA, G. E. do Nascimento e, CASELLA, Paulo Borba. Manual de Direito Internacional Público, 16ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p136-137.

⁶³ REZEK, Francisco. Direito Internacional Público: Curso Elementar, 11ª ed., rev., atual, São Paulo: Saraiva, 2008. p33.

Verifica-se na prática legislativa internacional, duas teorias relacionadas à incorporação dos tratados internacionais. Considerando a incorporação, o procedimento através do qual um Estado amplia o seu ordenamento jurídico a fim de conferir plena vigência dentro do seu território a um tratado que voluntariamente manifestou interesse em obrigar-se.

Seguindo este raciocínio, para que um tratado internacional tenha validade junto à ordem jurídica interna de um país, é necessário que se proceda a incorporação do mesmo. Neste momento, evidenciam-se as peculiaridades entre as nações devido às duas teorias existentes. A teoria monista e a teoria dualista, conceituadas a seguir sob a ótica de Luís Roberto Barroso.

Teoria Monista ou Monismo Jurídico⁶⁴:

O monismo jurídico afirma, com melhor razão, que o direito constitui uma unidade, um sistema, e que tanto o direito internacional quanto o direito interno integram esse sistema. Por assim ser, torna-se imperativa a existência de normas que coordenem esses dois domínios e que estabeleçam qual deles deve prevalecer em caso de conflito. Kelsen admite, em tese, o monismo com prevalência da ordem interna e o monismo com prevalência da ordem internacional, embora seja partidário deste último.

Teoria Dualista ou Dualismo Jurídico⁶⁵:

Para os dualistas, inexistente conflito possível entre a ordem internacional e a ordem interna simplesmente porque não há qualquer interseção entre ambas. São esferas distintas, que não se tocam. Assim, as normas de direito internacional disciplinam as relações entre Estados, e entre estes e os demais protagonistas da sociedade internacional. De sua parte, o direito interno rege as relações intra-estatais, sem qualquer conexão com elementos externos. Nesta ordem de idéias, um ato internacional qualquer, como um tratado normativo, somente operará efeitos no âmbito interno de um Estado se uma lei vier incorporá-lo ao ordenamento jurídico positivo.

Para os Estados adeptos da Teoria Monista existe apenas um único ordenamento jurídico do qual as normas internas e as normas internacionais fazem parte. Portanto, basta a válida manifestação da vontade de aceitar o contido no tratado para que este goze de vigência. Sendo dispensável, neste caso, a incorporação na forma de lei escrita.

Enquanto os Dualistas exigem, para que a norma internacional entre em vigor no seu território, a devida incorporação desta ao ordenamento jurídico pátrio, através de procedimento próprio, com vistas tanto ao que reza a Convenção de Viena de 1969, quanto à sua legislação interna.

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 6ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2004. p16.

⁶⁵ Idem

O Brasil, cujo procedimento será objeto de estudo, é adepto da corrente dualista. Por isso, só considera vigente a norma internacional após a aprovação do Poder Legislativo e ratificação do Poder Executivo, e após estar devidamente positivada, na forma de Lei Ordinária ou Emenda Constitucional, o que dependerá da matéria objeto do tratado e do procedimento adotado para a sua incorporação.

Os momentos ou atos passíveis de serem praticados pelo Brasil para a formação dos tratados internacionais são: negociação e assinatura pelo Poder Executivo, aprovação pelo Congresso Nacional, ratificação pelo Presidente da República, concluindo com a incorporação do tratado pela troca de instrumentos de ratificação entre os Estados signatários ou depósito do mesmo⁶⁶.

Por esse procedimento fica explícito o concurso entre os poderes Executivo e Legislativo, no sentido de democraticamente dar plena vigência a norma estabelecida pelo tratado internacional, a positivando através de Lei.

A negociação ocorre quando um Estado participa desde o início da elaboração do texto do tratado, colaborando com os demais, estabelecendo as proposições normativas. A assinatura é o ato pelo qual um Estado atesta a autenticidade do texto e manifesta sua vontade, mesmo que precária, de obrigar-se pelo tratado. No Brasil a assinatura manifesta tal vontade, porém, não basta para a vigência do tratado em seu território.⁶⁷

Art. 11 da Convenção de Viena de 1969:

O consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado pode manifestar-se pela assinatura, troca dos instrumentos constitutivos do tratado, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou por quaisquer outros meios, se assim acordado.

Sobre esta fase, discorre a professora Flávia Piovesan⁶⁸:

Em geral, o processo de formação dos tratados, tem início com os atos de negociação, conclusão e assinatura do tratado, que são de competência do órgão do Poder Executivo. A assinatura do tratado, por si só, traduz o aceite precário de provisório, não irradiando efeitos jurídicos vinculantes. Trata-se de mera aquiescência do Estado em relação à forma e ao conteúdo final do tratado. A assinatura do tratado, via de regra, indica tão-somente que o tratado é autêntico e definitivo.

A negociação e a assinatura são atos do Poder Executivo e podem ser perpetrados em conformidade com o Art. 7º da Convenção de Viena de 1969, que

⁶⁶ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional, 7ª ed. rev., ampl e atual., São Paulo: Saraiva, 2006. p47-48.

⁶⁷ Idem.

⁶⁸ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional, 7ª ed. rev., ampl e atual., São Paulo: Saraiva, 2006. p47.

trata dos representantes dos Estados aptos a concluir tratados. Neste caso, o Brasil considera competentes o Presidente da República com competência originária, e o Ministro das Relações Exteriores com competência derivada da função exercida, motivo pelo qual é considerado plenipotenciário.

Também são chamados de plenipotenciários os Embaixadores, os Cônsules, e as delegações internacionais, quando designados para representarem a nação nas negociações de tratados internacionais. Os embaixadores têm sua plenipotência presumida no que tange a negociação de acordo bilateral entre o Estado acreditante e Estado acreditado, fora desta esfera, eles dependerão da Carta de Plenos Poderes, da mesma forma que os outros plenipotenciários⁶⁹.

Quando algum agente público ou alguma autoridade, no âmbito internacional, pratica algum ato para o qual não possuía competência, ainda assim, o ato poderá ser convalidado através da Carta de Anuência, conforme consta da Convenção de Viena de 1969 em seu artigo 8º:

Um ato relativo à conclusão de um tratado praticado por uma pessoa que, nos termos do artigo 7, não pode ser considerada representante de um Estado para esse fim não produz efeitos jurídicos, a não ser que seja confirmado, posteriormente, por esse Estado.

Posteriormente às fases de negociação e assinatura, realizadas no âmbito internacional, no Brasil há mais duas fases imprescindíveis para a que o tratado seja incorporado: a aprovação pelo Congresso Nacional e a ratificação pelo Presidente da República. Consoante inteligência de Flávia Piovesan⁷⁰:

No caso brasileiro, a Constituição de 1988, em seu art. 84, VIII, determina que é da competência privativa do Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional. Por sua vez, o art. 49, I, da mesma Carta prevê ser da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordo, ou atos internacionais. Consagra-se, assim, a colaboração entre Executivo e Legislativo na conclusão de tratados internacionais, que não se aperfeiçoa enquanto a vontade do Poder Executivo, manifestada pelo Presidente da República, não se somar à vontade do Congresso Nacional.

A competência do Presidente da República para celebrar tais tratados ou acordos decorre do exposto no Art. 84, VIII da CRFB-88, que segue:

Compete privativamente ao Presidente da República:
(...);
VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

⁶⁹ REZEK, Francisco. Direito Internacional Público: Curso Elementar, 11ª ed., rev., atual, São Paulo: Saraiva, 2008. p35-37.

⁷⁰ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional, 7ª ed. rev., ampl e atual., São Paulo: Saraiva, 2006. p48-49.

Já a competência do Congresso Nacional para aprovar tratados está presente na CRFB-88, em ser Art. 49, I, a saber:

“resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;”

Superadas as fases supracitadas, o processo de incorporação dos tratados internacionais se exaure com a publicação do Decreto Executivo ou Emenda Constitucional. Posteriormente ocorre a troca de instrumentos de ratificação entre os Estado signatários ou depósito do mesmo.

Se o tratado versar sobre matéria de direito internacional público ele será incorporado com *status* de Lei Ordinária. No entanto, se o tratado se referir a matéria relativa a direitos humanos, poderá o Poder Legislativo lhe conferir a condição de Emenda Constitucional, nos termos do §3º do Art. 5º da CRFB-88.

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.

Ante o exposto demonstrou-se como acontece a formação e a incorporação dos tratados internacionais pelo ordenamento jurídico pátrio, ressaltando que as regras aqui aludidas são utilizadas sem prejuízo daquelas dispostas nos Arts. 11 ao 17 da Convenção de Viena de 1969.

2.4 EFEITOS E EXTINÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

Em relação aos efeitos provenientes da incorporação dos tratados internacionais, pode-se encontrar também semelhança com os contratos no direito civil, pois, os tratados fazem lei entre as partes, e seus dispositivos são de cumprimento obrigatório para os Estados que nele consentiram. Assim tratam acerca dos efeitos Hildebrando Accioly, G. E. do Nascimento e Silva e Paulo Borba Casella⁷¹:

Os tratados, em princípio, produzem efeitos entre as partes contratantes; sendo-lhes de cumprimento obrigatório, desde que tenham entrado em vigor. O artigo 34 das Convenções de Viena consigna essa regra ao estipular que 'tratado não cria nem obrigações nem direitos para um terceiro estado sem o seu consentimento.

Esta é a regra geral acerca dos efeitos dos tratados em relação aos Estados, conforme o Art. 34 da Convenção de Viena de 1969. As regras de um

⁷¹ ACCIOLY, Hildebrando de, SILVA, G. E. do Nascimento e, CASELLA, Paulo Borba. Manual de Direito Internacional Público, 16ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p139.

tratado não obrigam terceiros Estados, ou seja, os que não manifestaram a vontade de se submeter a tais regras. Todavia, a exceção para esta regra está prevista no Art. 38 da referida convenção, a saber:

“Nada nos artigos 34 a 37 impede que uma regra prevista em um tratado se torne obrigatória para terceiros Estados como regra consuetudinária de Direito Internacional, reconhecida como tal.”

No mesmo sentido já havia dispositivo semelhante na Carta da ONU de 1945, em seu Artigo 2, item 6:

“A Organização fará com que os Estados que não são Membros das Nações Unidas ajam de acordo com esses Princípios em tudo quanto for necessário à manutenção da paz e da segurança internacionais.”

Assim entende Flávia Piovesan⁷²:

Se assim é, a primeira regra a ser fixada é a de que os tratados internacionais só se aplicam aos Estados-partes, ou seja, aos Estados que expressamente consentiram em sua adoção. Os tratados não podem criar obrigações para os Estados que neles não consentiram, ao menos que preceitos constantes do tratado tenham sido incorporados pelo costume internacional.

Conforme entendimento doutrinário acima nota-se que uma norma constante de um tratado só valerá para um Estado não signatário caso seja reconhecida pela comunidade internacional norma consuetudinária. Exemplo de normas dessa natureza podem ser encontradas nos Arts. 26 e 27 da Convenção de Viena de 1969, que também relacionam-se à obrigatoriedade, pois tratam dos princípios da boa fé e do “*pacta sunt servanda*”.

Art. 26 da Convenção de Viena de 1969:

“Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé.”

Art. 27 da Convenção de Viena de 1969:

“Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.”

Por este raciocínio, no que diz respeito aos artigos supramencionados, o Brasil está tão obrigado ao seu cumprimento quanto os países que por ela já se obrigaram, pois os princípios da boa-fé e o “*pacta sunt servanda*” são normas de caráter consuetudinário, assim consideradas pela comunidade internacional.

Assim como para entrar em vigor, a extinção dos tratados internacionais também dependem da prática de certos atos. Este tema é amplamente abordado pela Convenção de Viena de 1969 em seus artigos 42 ao 72, e poderiam ser objeto

⁷² PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional, 7ª ed. rev., ampl e atual., São Paulo: Saraiva, 2006. p45.

de estudo específico. Todavia, atendendo aos fins desta pesquisa, é necessário apenas entender as generalidades.

Um tratado pode deixar de produzir efeitos pelo decurso do tempo, quando no próprio instrumento constitutivo existir cláusula estabelecendo período de vigência. Pode um tratado ser extinto por vontade expressa dos Estados signatários a qualquer tempo, sem a necessidade de serem os mesmos Estados que um dia participaram das negociações e lhe deram vigência.⁷³

Há a possibilidade de um tratado ser considerado extinto para um determinado Estado, desde que pratique um ato unilateral chamado denúncia. Segundo Francisco Rezek a denúncia parcial é questionável, portanto, via de regra, a denúncia implica em extinção integral do tratado em relação ao Estado denunciante. Conforme dito pelo referido autor, a própria Convenção de Viena de 1969, trata da possibilidade de um Estado liberar do cumprimento de tratado, quando a execução tornar-se impossível, por conta da extinção de seu objeto, além da ocorrência da impossibilidade superveniente ao cumprimento do tratado, devido a modificações significativas nas circunstâncias do acordo, cláusula “*rebus sic stantibus*”.⁷⁴

Superada a parte histórica, bem como a parte em comum dos tratados internacionais, passaremos a abordar o Estatuto de Roma que instituiu o Tribunal Penal Internacional do qual o Brasil é signatário, alcançando assim, após os subsídios necessários, o cerne do tema proposto com vistas a responder as perguntas inerentes à presente monografia de maneira clara e objetiva.

⁷³ REZEK, Francisco. Direito Internacional Público: Curso Elementar, 11ª ed., rev., atual, São Paulo: Saraiva, 2008. p103-104.

⁷⁴ REZEK, Francisco. Direito Internacional Público: Curso Elementar, 11ª ed., rev., atual, São Paulo: Saraiva, 2008. p107-113.

3 O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

3.1 VISÃO GERAL DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Neste ponto explanar-se-á sobre a constitucionalidade do Tribunal Penal Internacional, levando em conta sua justificativa histórica, bem como sua condição de tratado internacional de direitos humanos, em face da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, principalmente no que se refere à previsão da pena de prisão perpétua constante no referido tratado internacional. Para tanto, prévios esclarecimentos são fundamentais.

O Tribunal Penal Internacional que passarei a chamar de T.P.I., possui sede em Haia na Holanda, foi Instituído através do Estatuto de Roma, com competência para – “*a priori*” – processar e julgar em caráter subsidiário os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e os crimes de agressão (Art. 5º do Estatuto de Roma), sendo este último sem consenso quanto a sua legal definição.

O Estatuto de Roma pode ser classificado como tratado constitutivo ou normativo, multilateral, global ou aberto e estático, pois, estabelece normas assim como cria direitos e obrigações no seu campo de atuação. Foi aperfeiçoado levando-se em conta uma negociação que envolveu tanto Organizações Internacionais (Anistia Internacional, Federação Internacional das Ligas de Direitos Humanos, entre outras) quanto Estados soberanos, sem restrição territorial, e seus efeitos se consolidaram de modo *perene* no que tange às matérias da sua competência⁷⁵.

Assim como os demais tratados internacionais contemporâneos, foi desenvolvido dentro do preceituado em outro instrumento normativo internacional, a Convenção de Viena datada de 1969, cujas principais características foram aludidas no capítulo anterior.

A idéia de se instituir um órgão jurisdicional internacional dessa natureza não é tão recente assim. Porém o projeto final do referido estatuto só foi apresentado em 1994 pela Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas que, no intuito de democratizar os trabalhos, recomendou criar uma conferência de plenipotenciários,

⁷⁵ MALHEIRO, Emerson Penha. Manual de Direito Internacional Público, 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p160-162.

da qual o Brasil fez parte, visando negociar um tratado, a fim de promulgar o instrumento⁷⁶.

Em 11 de abril de 2002 constavam no Estatuto de Roma 60 (sessenta) ratificações, quantidade necessária para que o mesmo entrasse em vigor⁷⁷.

O T.P.I. entrou em vigor internacional em 01 julho de 2002, atendendo o preconizado pelo seu Art. 126, §1º:

1. O presente Estatuto entrará em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um período de 60 dias após a data do depósito do sexagésimo instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão junto do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas.

É considerado um Tratado Internacional de Direitos Humanos, D.I.D.H., atuando diretamente sobre os direitos e garantias fundamentais inerentes aos seres humanos, tanto na persecução criminal, quanto na aplicação da sanção imposta ao agente que cometer um crime de magnitude internacional de sua competência e submetido a sua tutela.

A estrutura do T.I.P. está inscrita no Estatuto de Roma e organizada da seguinte forma: Capítulo I – Criação do Tribunal; Capítulo II – Competência, Admissibilidade e Direito Aplicável; Capítulo III – Princípios Gerais de Direito Penal; Capítulo IV – Composição e Administração do Tribunal; Capítulo V – Inquérito e Procedimento Criminal; Capítulo VI – O Julgamento; Capítulo VII – As Penas; Capítulo VIII – Recurso e Revisão; Capítulo IX Cooperação Judicial e Auxílio Judiciário; Capítulo X – Execução da Pena; Capítulo XI – Assembléia dos Estados Partes; Capítulo XII – Financiamento; Capítulo XIII Cláusulas Finais.

A finalidade do T.P.I. é garantir o respeito dos direitos da Pessoa Humana, durante a persecução criminal. Seu *“modus operandi”* é subsidiário, ou seja, tem caráter complementar à jurisdição dos Estados soberanos signatários. Portanto, somente funcionará caso estes países se encontrem com dificuldades para processar e julgar, de maneira autônoma, os crimes tipificados no Estatuto de Roma, ou desinclinados a dar a devida guarida aos direitos e as liberdades cabíveis aos seres humanos que tenham sido lesados, assim como eximir de exemplar sanção o agente causador do dano.

O Tribunal Penal Internacional representa um grande avanço no sentido de desenvolver de maneira participativa a proteção e a universalização dos direitos

⁷⁶ Idem.

⁷⁷ Ibidem.

humanos. Outro aspecto importante é o fato de que o T.P.I., dada sua natureza, recai também sobre os seres humanos de forma direta e pessoal, seja tutelando seus direitos ou aplicando-lhe sanções, elevando os indivíduos à condição de sujeitos de direito internacional.

Atualmente o T.P.I. conta com 108⁷⁸ (cento e oito) ratificações, numa demonstração de que apesar do posicionamento contrário de quem ainda não o aderiu, uma parcela significativa do mundo preferiu relativizar sua soberania no que tange a persecução criminal no âmbito internacional, a fim de torná-la mais condizente com os princípios de direito e justiça internacionais, ao invés de continuar incidindo em erro e parcialidade com os tribunais “*ad-hoc*”.

Dentre os países que criticam e não ratificaram o Estatuto de Roma, estão os EUA, a China e Israel. O ponto em comum entre estes países é o de terem em seus históricos condutas passíveis de serem submetidas à tutela do T.P.I.

Não obstante as críticas lançadas sobre o T.P.I., o fato é que trata-se de Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos, e assim foi concebido por estar alicerçado no princípio maior: a Dignidade da Pessoa Humana. Também homenageia o princípio da voluntariedade, da anterioridade, da irretroatividade, do *indubio-réu*, da legalidade, do devido processo legal, do juiz natural, da imparcialidade, da igualdade, do contraditório, da ampla defesa. Enfim, prima pela estrutura garantista observada em direito penal e adotada pelo ordenamento jurídico pátrio. Adiante, a noção de garantismo pelo Professor Eugênio Pacelli de Oliveira⁷⁹:

Para nós, não é mais admissível compreender e muito menos seguir aplicando o processo penal sem a filtragem constitucional. O Código de Processo Penal de 1941 não está superado apenas pelo tempo; está superado também por força da incompatibilidade normativa com o texto de 1988, em cujo bojo construiu-se um sistema de garantias individuais com abrangência suficiente para fazer evaporar diversos dispositivos do nosso CPP.

Os tribunais “*ad hoc*” (como por exemplo, Nuremberg), apesar de sua importância histórica, o Tribunal Militar de Tóquio, os Tribunais de Ruanda e da antiga Iugoslávia e o Tribunal Especial do Iraque, que processou, julgou e condenou o ditador Saddam Hussein em 05 de novembro de 2006, foram instituídos para o fim específico de condenar os que a eles eram submetidos.

⁷⁸ Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/menus/icc/about%20the%20court/icc%20at%20a%20glance/icc%20at%20a%20glance?lan=en-GB>, acesso em [01/06/2009] às [17:22].

⁷⁹ OLIVEIRA DE, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal, 6ª ed., rev., atual., ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p03.

Tais tribunais foram constituídos por pessoas ou países que tinham interesse na condenação dos réus. Portanto, desproviavam os mesmos de quaisquer garantias que favorecessem a defesa ou julgamento justo e imparcial. Muitas das vezes processaram e julgaram somente os vencidos, nos casos de guerra ou conflitos armados, ignorando qualquer lesão aos direitos humanos perpetrados pelos países vencedores. Atentando verdadeiramente contra os direitos humanos, os anseios de justiça e a segurança jurídica internacionais, ou seja, contra os preceitos basilares de um Estado de Direito.

A forma com que estes tribunais de exceção foram instalados e exerceram seus trabalhos, frente ao ordenamento jurídico brasileiro, pode ser amplamente questionada, principalmente pela vedação constante no Art. 5º, XXXVII da CRFB-88.

Diante dessa temerária situação, a Comunidade Internacional elaborou o Estatuto de Roma, através da convergência de idéias de vários países, dentre eles o Brasil, além da importante participação de organizações não governamentais e entidades internacionais focadas na proteção dos direitos humanos, no sentido garantista da persecução criminal, motivo pelo qual a constitucionalidade do T.P.I. deve ser melhor vista antes de ser criticada.

3.2 O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

O Brasil, no que tange à incorporação de tratados internacionais, adota a teoria da corrente dualista. Portanto, exige para validade interna dos tratados internacionais a devida incorporação por força de lei.

Não obstante a formalidade expressa na Convenção de Viena de 1969, observa-se no ordenamento jurídico pátrio, um concurso entre os poderes Legislativo e Executivo como forma de assegurar não só a constitucionalidade, mas a aprovação popular via Congresso Nacional, conforme Arts. 49, I e 84, VIII da Constituição Federal.

Além disso, a E.C. nº 45/2004 inseriu no Art. 5º da Carta da República o § 3º, determinando que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, aprovados nas duas casas do Congresso Nacional, em dois turnos e por três quintos dos votos, serão equivalentes a emendas constitucionais.

Segundo comentário do mestre Eugênio Pacelli de Oliveira⁸⁰:

Nesse ponto, vê-se a reafirmação do compromisso democrático e essencialmente protetivo dos direitos do Homem a chamada Reforma do Judiciário, veiculada pela Emenda Constitucional n. 45/04, conforme previsão do §3º do art. 5º da CF, no sentido de serem alçadas ao nível constitucional as normas sobre direitos humanos previstas em tratados e convenções internacionais, quando aprovadas por três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional.

Com este novo procedimento constitucional para incorporação de tratados internacionais de direitos humanos, o Brasil reafirmou seu intuito de participar ativamente na proteção internacional dos Direitos Humanos. Coadunou-se com a intenção do Poder Constituinte Originário, observado no 7º do A.D.C.T. (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) que determina que o Brasil propugnará pela formação de tribunal internacional dos direitos humanos.

Por este viés, vê-se claramente o permissivo constitucional para a relativização da soberania estatal brasileira, concernente à matéria de direitos humanos, no sentido de integrar efetivamente em órgão jurisdicional internacional de proteção desses direitos.

Relativiza a soberania brasileira, porém, não a diminui. Ao revés, vê-se ampliada, na verdade, a soberania estatal, na medida em que esta transcende para a esfera supranacional, amplia também o seu bloco de constitucionalidade, homenageando o princípio da Prevalência dos Direitos Humanos e cumprindo o preceito do §2º do Art. 5º da CRFB-88.

Pelos fundamentos acima expostos, o Estatuto de Roma foi incorporado ao ordenamento jurídico pátrio com força de Emenda Constitucional, pois, observa-se que o § 4º do Art. 5º da CRFB-88, também acrescentado pela E.C. 45 de 2004 submete o Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional o qual a criação voluntariamente manifestou adesão.

Ao ser incorporado no ordenamento jurídico com o status supracitado, e por tratar de matéria relativa a Direitos Humanos, o T.P.I. foi inserido no Art. 5º de nossa Carta Maior. Conseqüentemente, consolidou-se como cláusula pétrea de acordo com o Art. 60, § 4º, inciso IV da Constituição Federal. Portanto, não pode ser objeto de emenda constitucional que lhe diminua ou suprima.

Apesar da intenção dos poderes Executivo e Legislativo, em realizar tal inovação normativa e, não obstante o grande lapso temporal havido entre a fase de

⁸⁰ OLIVEIRA DE, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal, 6ª ed., rev., atual., ampl. Belo Horizonte: Del

negociações do Estatuto de Roma e a sua ratificação, instaurou-se uma celeuma quanto a constitucionalidade do Tribunal Penal internacional em relação a sua hierarquia, aplicabilidade e força normativa, uma vez que, algumas das normas constantes no Estatuto de Roma, num primeiro momento, conflitam com a nossa Carta Magna, dentre as quais há previsão da pena de prisão perpétua.

Sobre este ponto da pesquisa surge o seguinte questionamento: Há constitucionalidade na incorporação do Estatuto de Roma (Tribunal Penal Internacional) pelo Ordenamento Jurídico Pátrio face a Emenda Constitucional nº. 45 de 2004? A fim de respondê-lo, far-se-á adiante estudo sobre os aspectos formais, materiais e interpretativos acerca da incorporação do T.P.I. em nosso sistema jurídico, e quais as conseqüências de sua ratificação.

3.3 ASPECTOS FORMAIS E MATERIAIS DA CONSTITUCIONALIDADE DO T.P.I.

Percorrendo o procedimento realizado pelo Brasil para a incorporação do Estatuto de Roma em seu ordenamento jurídico, observa-se cumpridas todas as etapas necessárias para a devida aceitação da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, a começar pela determinação constitucional emanada pelo Poder Constituinte Originário no Art. 7º do A.D.C.T., a saber:

“Art. 7º. O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos.”

Embasado neste fundamento, o Estado brasileiro aprovou em 17 de julho de 1998 o Estatuto de Roma e o assinou em 07 de fevereiro de 2000. No dia 25 de setembro de 2002 o Estatuto foi ratificado e promulgado por força do Decreto Executivo nº. 4.388. Desde então, a jurisdição do T.P.I. é vigente no ordenamento jurídico pátrio, sem grandes questionamentos quanto à sua constitucionalidade.

Nesse ínterim, o Brasil, apesar de ter participado ativamente das longas negociações para a elaboração do Estatuto de Roma, o submeteu a um estudo, efetuado por uma comissão interdisciplinar composta pelos seguintes membros: Tarciso Dal Maso Jardim (coordenador), Adriana Lorandi, Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros, Carlos Frederico de Oliveira Pereira, Ela Wiecko V. de Castilho, George Rodrigo Bandeira Galindo, Gustavo Henrique Ribeiro de Melo, Gustavo

Rey, 2006. p23.

Henrique Righi Ivahy Badaró, Raquel Elias Ferreira Dodge, Rafael Koerig Gessinger e Sylvia Helena de Figueiredo Steiner⁸¹.

O procedimento supra foi realizado atendendo ao disposto nos Arts. 84, VIII e 49, I da CRFB-88, sem prejuízo do constante nos Arts. 11 ao 17 da Convenção de Viena de 1969. Sendo assim, o Estatuto de Roma foi formalmente ratificado e incorporado ao sistema normativo brasileiro, cumprindo tanto os ditames constitucionais quanto os internacionais, razão pela qual está livre de vício concernente ao não cumprimento do devido processo legal. Portanto, não há o que suscitar sua inconstitucionalidade sob o ponto de vista formal.

Didaticamente o constitucionalista Alexandre de Moraes⁸² divide em três fases o procedimento exposto acima:

São, pois, três fases para a incorporação de um ato ou tratado internacional em nosso ordenamento jurídico:

- 1ª fase: compete privativamente ao Presidente da República celebrar todos os tratados, convenções e atos internacionais (CF, art. 84, VIII);
- 2ª fase: é de competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (CF, art. 49, I). A deliberação do Parlamento será realizada através de aprovação de um decreto legislativo, devidamente promulgado pelo Presidente do Senado Federal e publicado;
- 3ª fase: edição de um decreto do Presidente da República, promulgando o ato ou tratado internacional devidamente ratificado pelo Congresso Nacional. É nesse momento que adquire executoriedade interna a norma inserida pelo ato ou tratado internacional, podendo inclusive, ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade.

Neste ponto, uma vez verificada a constitucionalidade formal do Estatuto de Roma face ao ordenamento jurídico pátrio, partiremos para a análise do seu aspecto material sobre o qual são levantadas várias questões.

Ao ver a data da efetiva submissão do Brasil a jurisdição do T.P.I., percebe-se, por óbvio, que esta ocorreu anterior a edição da E.C. nº 45/2004. Ou seja, neste momento de sua vigência, a partir do princípio da anterioridade, galgava apenas o mesmo nível hierárquico das leis ordinárias, hierarquia que demonstrar-se-á inferior a real vontade do legislador.

Todavia, devido ao fato do mencionado Estatuto tratar de matéria relativa a Direitos Humanos, assim considerado, direitos e garantias fundamentais, é jurídica e hermeneuticamente possível, viável e salutar, vê-lo com hierarquia de norma

⁸¹ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Tribunal Pena Internacional: Possibilidades e Desafios, 1ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p200.

⁸² MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, 19ª ed., atual., São Paulo: Atlas, 2006. p626.

constitucional, levando em conta a redação do § 2º do Art. 5º e do inciso II do Art. 4º, ambos da CRFB-88.

Art.5º §2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
(...)
II - prevalência dos direitos humanos;

Corroborando esta linha de raciocínio, Flávia Piovesan, faz brilhante análise da inovação legislativa trazida pelo supracitado parágrafo do artigo 5º da nossa Carta Magna, ao compará-lo com o Art. 153, § 36 Constituição brasileira de 1967. Enquanto a antiga redação punha no rol de direitos e garantias fundamentais apenas aqueles outros decorrentes do regime e dos princípios que ela adota, o Texto da Constituição vigente expressamente inclui neste rol além do regime e dos princípios por ela adotada, também os tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte⁸³.

Após realizar comparação entre os referidos textos constitucionais a autora conclui⁸⁴:

a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Este processo de inclusão implica a incorporação pelo Texto Constitucional de tais direitos.

Estudando a regra constitucional brasileira inserta no Art. 5º, § 2º da maneira exposta acima, conclui-se que tal interpretação insere todos os tratados internacionais cujos preceitos sejam relativos aos direitos humanos, no rol dos direitos e garantias fundamentais. No entanto, o fato de normas dessa natureza serem incorporadas formalmente com o *status* de leis ordinárias gera certa divergência de posições doutrinárias e jurisprudenciais. Sob a ótica legalista, bastaria a edição de uma nova lei ordinária posterior e mais específica ou a denúncia do tratado, para revogá-lo ou retirá-lo do ordenamento jurídico pátrio, expurgando assim, os direitos e garantias outrora recepcionados⁸⁵.

⁸³ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional, 7ª ed. rev., ampl e atual., São Paulo: Saraiva, 2006. p52.

⁸⁴ Idem.

⁸⁵ REZEK, Francisco. Direito Internacional Público: Curso Elementar, 11ª ed., rev., atual, São Paulo: Saraiva, 2008. p101-102.

Coadunando-se à situação anterior, por ter correlação com o T.P.I. em razão da matéria, segue menção feita por Alexandre de Moraes⁸⁶ sobre decisão judicial acerca da prisão civil de depositário infiel, após incorporação do Pacto de São José da Costa Rica no sistema normativo nacional:

... Apesar de divergência doutrinária e jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal assentou a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em alienação fiduciária, no Habeas Corpus nº 72.131, sessão de 23-11-95, garantindo a aplicabilidade desta hipótese. Assim, afirmou o Supremo que a prisão de quem foi declarado, por decisão judicial, como depositário infiel é constitucional, seja quanto ao depósito regulamentado pelo Código Civil, seja no caso de alienação protegida pela cláusula fiduciária. Os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (§ 2º, do art. 5º, da Constituição) não minimizam o conceito de soberania do Estado-novo na elaboração de sua constituição; por esta razão, o art. 7º, nº 7, do Pacto de São José da Costa Rica (“ninguém deve ser detido por dívida”: “este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”) deve ser interpretado com as limitações impostas pelo art. 5º, LXVII, da Constituição.

Seguramente percebe-se que a decisão acima foi tomada com base no princípio da soberania absoluta, interpretando a constituição de forma estanque quando deveria dar uma tratativa ampla e sistemática para o Texto Constitucional. Ao contrário fez o Pretório Excelso, ao alargar por ficção jurídica o conceito de depositário infiel (sendo tal conceito taxativo), fins encampar o inadimplente de contrato de mútuo gravado com cláusula fiduciária.

Fatalmente foi superestimado o princípio da supremacia da norma constitucional face aos demais princípios que tangem o exercício de interpretação do Texto Constitucional, em detrimento ao princípio da norma mais favorável, conseqüentemente minorando a eficácia dos Arts. 5º, §2º e 4º, II da CRFB-88, que garantem a aplicação em nível de norma materialmente constitucional do Pacto de São José da Costa Rica e outros tratados internacionais congêneres (T.P.I.).

A decisão proferida no supracitado H.C. poderia ter resultado diferente, desde que interpretado o Texto Constitucional levando em conta os diversos princípios que circundam o exercício hermenêutico sobre a Constituição.

Segue observação de Luís Roberto Barroso⁸⁷:

Há consenso entre a generalidade dos autores de que a interpretação, a despeito da pluralidade de elementos que devem ser tomados em consideração, é una. Nenhum método deve ser absolutizado: os diferentes meios empregados ajudam-se uns aos outros, combinando-se e controlando-se reciprocamente. A interpretação se a partir do texto da norma (interpretação gramatical), de sua conexão (interpretação sistemática), de sua finalidade (interpretação teleológica) e de seu processo de criação (interpretação histórica).

⁸⁶ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, 19ª ed., atual., São Paulo: Atlas, 2006. p105-106.

⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 6ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2004. p125.

Corroborando a visão acima sobre tal linha de interpretação da Letra Constitucional, insta-se explanação de Alexandre de Moraes⁸⁸:

A Constituição Federal há de ser interpretada, pois somente por meio da conjugação da letra do texto com as características históricas, políticas, ideológicas do momento, se encontrará o melhor sentido da norma jurídica, em confronto com a realidade sociopolítico-econômica e almejando sua plena efetividade.

Ex positis, observando a técnica hermenêutica exposta acima pela melhor doutrina, diante do contido nos Arts. 5º, §2º e 4º, II da CRFB-88, a posição mais sensata a defender é o *status* de norma constitucional em razão da matéria do Estatuto de Roma (T.P.I.), por se tratar de tratado internacional de direitos humanos.

Sustentando *status* constitucional das normas que se coadunam com Art. 5º, §2º CRFB-88 diz Flávia Piovesan⁸⁹:

Acredita-se, ao revés, que conferir hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos, com a observância do princípio da prevalência da norma mais favorável, é interpretação que se situa em absoluta consonância com a ordem constitucional de 1988, bem como com racionalidade e principiologia. Trata-se de interpretação que está em harmonia com os valores prestigiados pelo sistema jurídico de 1988, em especial com valor da dignidade humana – que é valor fundante do sistema constitucional.

Insiste-se que a teoria da paridade entre o tratado internacional e a legislação federal não se aplica aos tratados internacionais de direitos humanos, tendo em vista que a constituição de 1988 assegura a estes garantia de privilégio hierárquico. Esse tratamento jurídico diferenciado, conferido, pelo art. 5º, §2º, da Carta de 1988, justifica-se na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns.

Atualmente, o entendimento jurisprudencial está orientado no sentido apontado pela doutrina supracitada, dando aplicabilidade com grau hierárquico de norma materialmente constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil, ao contrário do que fizera anteriormente. O que restará explícito pelos julgados abaixo:

**RE 404276 AgR / MG - MINAS GERAIS
AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO**

Relator(a): Min. CEZAR PELUSO

Julgamento: 10/03/2009 Órgão Julgador: Segunda Turma

Ementa

EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Provimento Parcial. Prisão Civil. Depositário infiel. Possibilidade. Alegações rejeitadas. Precedente do Pleno. Agravo regimental não provido. O Plenário da Corte assentou que, em razão do status supralegal do Pacto de São José da Costa Rica, restaram derogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel.

Decisão

A Turma, à unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Joaquim

⁸⁸ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, 19ª ed., atual., São Paulo: Atlas, 2006. p10.

⁸⁹ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional, 7ª ed. rev., ampl e atual., São Paulo: Saraiva, 2006. p64-65.

Barbosa e Eros Grau. 2ª Turma, 10.03.2009.

HC 94013 / SP - SÃO PAULO

HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. CARLOS BRITTO

Julgamento: 10/02/2009

Órgão Julgador: Primeira Turma

Ementa

EMENTA: HABEAS CORPUS. SALVO-CONDUTO. PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO JUDICIAL. DÍVIDA DE CARÁTER NÃO ALIMENTAR. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou a orientação de que só é possível a prisão civil do "responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia" (inciso LXVII do art. 5º da CF/88). Precedentes: HCs 87.585 e 92.566, da relatoria do ministro Marco Aurélio. 2. A norma que se extrai do inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal é de eficácia restringível. Pelo que as duas exceções nela contidas podem ser apontadas por lei, quebrantando, assim, a força protetora da proibição, como regra geral, da prisão civil por dívida. 3. O Pacto de San José da Costa Rica (ratificado pelo Brasil - Decreto 678 de 6 de novembro de 1992), para valer como norma jurídica interna do Brasil, há de ter como fundamento de validade o § 2º do artigo 5º da Magna Carta. A se contrapor, então, a qualquer norma ordinária originariamente brasileira que preveja a prisão civil por dívida. Noutros termos: o Pacto de San José da Costa Rica, passando a ter como fundamento de validade o § 2º do art. 5º da CF/88, prevalece como norma supralegal em nossa ordem jurídica interna e, assim, proíbe a prisão civil por dívida. Não é norma constitucional -- à falta do rito exigido pelo § 3º do art. 5º --, mas a sua hierarquia intermediária de norma supralegal autoriza afastar regra ordinária brasileira que possibilite a prisão civil por dívida. 4. No caso, o paciente corre o risco de ver contra si expedido mandado prisional por se encontrar na situação de infiel depositário judicial. 5. Ordem concedida.

Decisão

A Turma deferiu o pedido de habeas corpus, nos termos do voto do Relator. Unânime. Não participou, justificadamente, deste julgamento o Ministro Menezes Direito. 1ª Turma, 10.02.2009.

Diante dos julgados acima transcritos, resta evidente que houve um grande avanço na prática jurídica nacional, pois garante-se aplicabilidade das normas oriundas de tratados internacionais com a devida eficácia, fazendo com que o Brasil deixe de ser conhecido como um dos países que mais cometem ilícitos internacionais.

Pela fundamentação do julgador, vê-se que o mesmo não confere *status* de norma constitucional ao Pacto de São José da Costa Rica, com base no Art. 5º, §2º da CRFB-88, mas atribui ao referido tratado internacional hierarquia de norma supralegal. Portanto, garante a prevalência desta frente às normas de produção legislativa doméstica, haja vista a vigência deste tratado internacional no país ter revogado a parte inicial do Art. 5º, LXVII.

Num exercício simples de raciocínio lógico, é certo que por força do Art. 5º §2º da CRFB-88 o Estatuto de Roma também é hierarquicamente superior às normas de direito interno, definido pela jurisprudência, como norma supralegal. Porém, pelo fato do Estatuto de Roma tratar de matéria relativa aos direitos

humanos, é considerado pela doutrina, em razão do mesmo artigo, como norma materialmente constitucional.

Apesar dessa nova orientação do judiciário nacional seguir uma tendência mundial no sentido de garantir a primazia dos direitos humanos, visando limitar margem de interpretação dada pelo §2º do Art. 5º da CRFB-88, veio ao ordenamento jurídico a E.C. nº 45/2004. Como forma de evitar a mudança do sentido na norma em razão da mudança de entendimento dos magistrados.

Sobre esta questão explana Flávia Piovesan⁹⁰:

Em face de todos os argumentos já expostos, sustenta-se que a hierarquia constitucional já se extrai de interpretação conferida ao próprio art. 5º, §2º, da Constituição de 1988. vale dizer, seria mais adequado que a redação do aludido §3º do art. 5º endossasse a hierarquia formalmente constitucional de todos os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados, afirmando – tal como fez o texto argentino – que os tratados internacionais de proteção de direitos humanos ratificados pelo Estado Brasileiro têm hierarquia constitucional.

A Emenda Constitucional nº 45, de 2004 introduziu no Art. 5º da Carta Maior da República o §3º, que possibilita ao poder Executivo, através de procedimento discricionário, enviar ao poder Legislativo tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, para votação por um quorum qualificado, a fim de incorporá-los com força de Emenda Constitucional. Assim, os poderes demonstram suas verdadeiras intenções, pois ao adotar tal procedimento conferem aos tratados internacionais além da constitucionalidade material, a constitucionalidade formal.

“Art. 5º §3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

Após a introdução desta regra no ordenamento jurídico pátrio, o legislador garantiu que as normas provenientes de tratados internacionais de direitos humanos, submetidas a este procedimento de incorporação fossem reconhecidas como regras constitucionais, pois, do contrário, bastaria utilizar-se de procedimento diverso, ou seja, o comum, uma vez que o referido procedimento qualificado é discricionário.

Acerca da discricionariedade trata Nadia de Araujo⁹¹:

Agora, com a EC 45, em face do quorum qualificado de votação que terão esses tratados, a situação se esclarece.

Não há dúvida que houve uma evolução no sistema, pois agora há uma nova classe de tratados que serão alçados ao patamar constitucional, a critério do Poder Executivo (pois lhe cabe definir por que procedimento vai enviar os

⁹⁰ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional, 7ª ed. rev., ampl e atual., São Paulo: Saraiva, 2006. p71.

⁹¹ ARAUJO, Nadia de. Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira, 3ª ed., ampl., atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p167-168.

tratados), desde que respeitado o novo iter de aprovação (quorum especial e a votação em dois turnos).

Dando entendimento de discricionariedade segue Alexandre de Moraes⁹²:

A EC nº 45/04 concedeu ao Congresso Nacional, somente na hipótese de tratados e convenções internacionais que versem sobre Direitos Humanos, a possibilidade de incorporação com status ordinário (CF, art. 49, I) ou com status constitucional (CF, §3º, art. 5º).

Reiterando a constitucionalidade formal dos tratados internacionais de direitos humanos a partir da E.C. nº 45 de 2004 afirma de Francisco Rezek⁹³:

A questão foi resolvida, em dezembro de 2004, pelo aditamento do terceiro parágrafo ao mesmo artigo constitucional: os tratados sobre direitos humanos que o Congresso aprove com o rito de emenda à carta – em cada casa dois turnos de sufrágio e o votos de três quintos do total de seus membros – integrarão em seguida a ordem jurídica no nível das normas da própria Constituição.

Diante de tudo o quanto foi dito e demonstrado sobre a constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, percebe-se que a inovação trazida pela E.C. nº 45 de 2004, permite conferir a condição de norma formalmente constitucional aos tratados internacionais materialmente passíveis de serem submetidos ao rito do §3º do Art. 5º da Constituição Federal.

Além disso, tornou-se mais clara a vontade do legislador de atribuir também caráter formalmente constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, pois, observada a regra do §2º do artigo 5º da CRFB-88, vê-se que a constitucionalidade material, a muito já resta evidente. Honrando assim, o princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais, desde o início da Carta Maior primada pelo Legislador Originário.

Flávia Piovesan sustenta a seguinte opinião⁹⁴:

Reitere-se que, por força do art. 5º, §2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quorum de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O quorum qualificado está tão-somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, proporcionando a “constitucionalização formal” dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno..., na hermenêutica emancipatória dos direitos há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana. ... vale dizer, a preponderância material de um bem jurídico, como é o caso de um direito fundamental, deve condicionar a forma no plano jurídico-normativo, e não ser condicionado por ela.

⁹² MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, 19ª ed., atual., São Paulo: Atlas, 2006. p672.

⁹³ REZEK, Francisco. Direito Internacional Público: Curso Elementar, 11ª ed., rev., atual, São Paulo: Saraiva, 2008. p102.

⁹⁴ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional, 7ª ed. rev., ampl e atual., São Paulo: Saraiva, 2006. p72.

Até o momento, as informações trazidas dão certeza de que o Tribunal Penal Internacional é recepcionado pelo ordenamento jurídico pátrio com *status* de norma constitucional, motivo pelo qual deve prevalecer naquilo em que colide com a legislação ordinária. Todavia a identificação desta norma com nível hierárquico constitucional depende de um exercício de interpretação do Texto Maior.

No intuito de tornar o mais evidente possível à intenção de conferir nível constitucional ao T.P.I., uma vez que, observando o princípio da anterioridade, o §3º do Art. 5º da Carta Magna não o atingiria, acrescentou-se também através da E.C nº 45 de 2004 o §4º no Art. 5º da CRFB-88 especificamente para esse fim.

“Art. 5º, § 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.”

Não obstante o Tribunal Penal Internacional ser considerado superior face às normas infraconstitucionais através uma interpretação sistemática da Constituição, mesmo tendo sua hierarquia materialmente constitucional defendida pela majoritária doutrina e, recentemente defendida também pela jurisprudência, sua constitucionalidade formal só veio com a adição do § 4º no Art. 5º da CRFB-88.

Diante da temerária situação em que se encontrava o T.P.I., o Executivo e o Legislativo agindo em ato complexo, resolveram legalmente a questão de forma positiva e objetiva, garantindo sua aplicabilidade dentro do âmbito jurídico interno, aferindo sua hierarquia material e formalmente constitucional.

Na visão de Eugênio Pacelli de Oliveira⁹⁵:

A segunda relevante questão diz respeito ao que se encontra disposto no art. 5º, §4º, também incluído pela EC. n. 45. afirma-se nele que “o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

O Brasil demonstrou claramente sua intenção de dar tratamento diferenciado ao Tribunal Penal Internacional, pois, dentre os vários tratados internacionais de direitos humanos ratificados, somente ele foi submetido à votação qualificada, cf. Art. 60, §2º CRFB-88, razão pela qual goza de *status* material e formalmente constitucional. Os outros, a exemplo do Pacto de São José da Costa Rica, são considerados apenas materialmente constitucionais.

Como se pode perceber, no Brasil existe duas espécies de tratados internacionais de direitos humanos: os materialmente constitucionais e os material e formalmente constitucionais. Apesar de ambas as espécies integrarem o rol dos

direitos e garantias fundamentais do Art. 5º da CRFB-88 e, conseqüentemente possuírem eficácia plena e aplicabilidade imediata por força do § 1º do referido artigo, cabe, neste ponto, ressaltar suas diferenças:

A distinção entre essas duas espécies de tratados internacionais de direitos humanos está basicamente no procedimento adotado para sua incorporação no ordenamento jurídico pátrio. No entanto, essa diferença aparentemente simples, repercute de forma relevante o âmbito jurídico nacional.

Um tratado internacional de direitos humanos, ao ser incorporado através do procedimento comum (Arts. 84, VIII e 49, I CRFB-88), goza em razão da matéria de *status* materialmente constitucional, porém, formalmente não existe nessa esfera, e pode deixar o mundo jurídico com a denúncia ou adição de lei posterior e específica.

Ao contrário, os tratados internacionais de direitos humanos, considerados material e formalmente constitucionais, em função do procedimento qualificado utilizado para a sua incorporação, adentram nosso sistema normativo, através de Emenda Constitucional e, por versarem sobre direitos e garantias individuais, passam a ser protegidos pelo Art. 60, §4º, IV da CRFB-88, assim considerados cláusulas pétreas.

Sobre o exposto segue a inteligência de Flávia Piovesan⁹⁶:

Ainda que todos os tratados de direitos humanos sejam recepcionados em grau constitucional, por veicularem matéria e conteúdo essencialmente constitucional, importa realçar a diversidade de regimes jurídicos que se aplica aos tratados apenas materialmente constitucionais e aos tratados que, além de materialmente constitucionais, também são formalmente constitucionais. E a diversidade de regimes jurídicos atém-se à denúncia, que é o ato unilateral pelo qual um Estado se retira de um tratado. Enquanto os tratados materialmente constitucionais podem ser suscetíveis de denúncia, os tratados material e formalmente constitucionais, por sua vez, não podem ser denunciados.

Ao se admitir a natureza constitucional de todos os atos de direitos humanos, a que ressaltar que os direitos constantes nos tratados internacionais, com os demais direitos e garantias individuais consagrados pela Constituição, constituem cláusula pétrea e não podem ser abolidos por meio de emendas à Constituição, nos termos do art. 60, §4º. Atente-se que as cláusulas pétreas resguardam o núcleo material da Constituição, que compõe os valores fundamentais de ordem constitucional.

No início desse item tratou-se da constitucionalidade inicialmente material do Estatuto de Roma e da resistência do judiciário em dar tratamento constitucional aos tratados dessa natureza.

⁹⁵ OLIVEIRA DE, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal, 6ª ed., rev., atual., ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p23.

⁹⁶ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional, 7ª ed. rev., ampl e atual., São Paulo: Saraiva, 2006. p75.

Através da argumentação doutrinária no sentido de orientar a ampla e correta interpretação da Constituição, vimos a mudança de posicionamento dos julgadores sobre da matéria, face à evolução da proteção dos direitos humanos nas relações internacionais. Culminando no reconhecimento dessas normas de direitos humanos em um nível hierárquico superior às Leis Ordinárias.

O Estatuto de Roma desde 2002 é vigente no país. O Brasil no intuito de afirmar a legitimidade da jurisdição do T.P.I. em seu território atribuiu ao referido Estatuto nível hierárquico de norma constitucional submetendo-o em 2004 à aprovação pelo rito qualificado para se propor emenda à Carta.

Reingressou na Constituição da República Federativa do Brasil, através da E.C. 45 de 2004, o Tribunal Penal Internacional, na condição de norma material e formalmente constitucional, acostada no Art. 5º, §4º. Portanto, verifica-se invariavelmente o *status* constitucional, tanto no aspecto material quanto no formal.

Conseqüentemente recebeu imutabilidade, haja vista compor o rol das cláusulas pétreas, Art. 60, §4º, IV da Carta da República, desta forma, não há possibilidade de sofrer alterações que almejem abolir os direitos por ele tutelados.

Superada discussão sobre a constitucionalidade do T.P.I., ante a ineficácia da denúncia e, da impossibilidade de expurgá-lo Constituição, resta analisar aparentes conflitos e exceções provenientes da incorporação deste no ordenamento jurídico pátrio.

3.4 ANTINOMIAS ENTRE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

O Tribunal Penal Internacional atua subsidiariamente para processar e julgar crimes graves, de repercussão internacional, considerados extremamente ofensivos à dignidade da pessoa humana conforme se observa no Art. 5º do Estatuto de Roma:

Artigo 5º, 1. A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes:

- a) O crime de genocídio;
- b) Crimes contra a humanidade;
- c) Crimes de guerra;
- d) O crime de agressão.

O T.P.I. garante o respeito e dignidade da pessoa humana, durante a perseguição criminal, através dos princípios da complementaridade (ou

subsidiariedade), da anterioridade, da irretroatividade, da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural, e outros que permeiam tanto o direito internacional quanto o nosso sistema jurídico, ao contrário dos citados alhures tribunais de exceção.

Todavia, críticas são feitas sobre alguns preceitos que aparentemente entraram em colisão com o que já existia em nosso sistema de normas, das quais abordaremos: a entrega de nacionais, a imprescritibilidade dos crimes previstos no Estatuto de Roma, a irrelevância da qualidade oficial e a pena de prisão perpétua.

a) Entrega de Nacionais: No Estatuto de Roma, em seu Art. 89, consta a possibilidade de ocorrer a entrega de pessoa para ser submetida à tutela do Tribunal Penal Internacional. Tal regra, numa análise superficial, colide com a vedação à extradição de nacionais, constante no Art. 5º LI, da CRFB-88:

“nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;”

Ocorre que o Estatuto de Roma traz em Art. 102 a conceituação dos institutos da extradição e da entrega, deixando clara distinção existente. Segue a redação do dispositivo:

Para os fins do presente Estatuto:

- a) Por "entrega", entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal nos termos do presente Estatuto.
- b) Por "extradição", entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno.

Com base no supra-alinhado, vê-se tratarem-se a entrega e a extradição de situações jurídicas diversas, pois, uma a relação se dá entre Estado soberano e Tribunal Penal Internacional, e a outra horizontalmente entre Estados soberanos.

Enquanto na “extradição” submete-se o acusado à tutela jurisdicional de outro Estado, na “entrega” o acusado é submetido à tutela do Tribunal Penal Internacional. Ou seja, a entrega não afeta a soberania nacional, tão pouco colide com a regra constitucional aludida, respeitando o princípio da complementaridade.

O fato de o Brasil ser signatário do T.P.I. permite afirmar que parte de sua soberania e de sua jurisdição se expandem para ser internacionalmente empregadas por órgão próprio. Por esta razão, a entrega de um brasileiro não ofende o Art. 5º, LI da CRFB-88, pois, a jurisdição do T.P.I. por ser internacional (ao contrário de estrangeira), também é em parte brasileira.

Sustenta esse raciocínio os ensinamentos de Emerson Penha Malheiro⁹⁷:

O ato de entrega, mencionado pelo Estatuto de Roma é diferente da extradição, pois aquele se procede entre Tribunal Internacional e Estado soberano (...)

Ademais, enquanto na extradição o indivíduo será julgado pelo tribunal de outro Estado, do qual o Brasil não participou da formação; na entrega, a pessoa será julgada pelo Tribunal Penal Internacional, que contou com a participação brasileira na sua construção jurídica.

Comunga da mesma linha Eugênio Pacelli de Oliveira⁹⁸:

Outra questão, igualmente relevante, é a entrega de indivíduos pelos Estados-partes, conforme o Estatuto de Roma prevê (art. 89). Não haveria óbice a esta medida pelo fato de a Constituição brasileira vedar a extradição de nacionais (nato, como regra, e naturalizado, com exceções), nos termos do art. 5º, LI, e da Lei 6.815? A se julgar pelas disposições do próprio Estatuto, a resposta seria negativa, já que nele se faz expressa distinção entre extradição e a entrega (surrender), consoante art. 102.

Essa distinção é perfeitamente aceitável, tendo em vista o compromisso do Brasil com a proteção efetiva aos direitos humanos (art. 4º, II, art. 7º ADCT, e, agora, art. 5º, §4º, todos da CF).

No mesmo sentido observa-se o pensamento de Saulo José Casali Bahia⁹⁹:

A solução para o problema é simples.

É que a entrega de indivíduos ao Tribunal Penal Internacional não é propriamente um extradição, conceituada como entrega a uma jurisdição estrangeira competente para julgar e punir o acusado ou condenado.

Trata-se de se submeter o acusado ou condenado à própria justiça, ainda que em grau ou instância internacional, pois a previsão do artigo 7º do ADCT (relativa ao tribunal internacional de direitos humanos) consubstancia a criação de órgão que passa a integrar a estrutura judiciária brasileira como instância última.

Por este viés, considerar que a regra constante do Art. 89 do Estatuto de Roma, previsão de “entrega”, seja conflitante com a do Art. 5º, LI da CRFB-88 que prevê a “não extradição” de brasileiros, é, certamente, um equívoco jurídico.

b) Imprescritibilidade: Para tratar desse assunto deve-se ter em mente que a imprescritibilidade já se opera no sistema constitucional brasileiro, encontrando previsão no Art. 5º da CRFB-88, nos incisos que versam sobre o crime de racismo (inciso XLII) e sobre a ação de grupos armados, civis ou militares, e sobre atos contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (inciso XLIV).

Após a incorporação via E.C. 45 de 2004 do Estatuto de Roma, que elevou o T.P.I. ao *status* de norma constitucional, observou-se o alargamento do rol de crimes gravados com tal característica, açambarcando os previstos pelo referido Estatuto.

Por este diapasão sustenta-se Saulo José Casali Bahia¹⁰⁰:

⁹⁷ OLIVEIRA DE, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal, 6ª ed., rev., atual., ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p16.

⁹⁸ MALHEIRO, Emerson Penha. Manual de Direito Internacional Público, 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p171.

Deve-se considerar que a previsão restrita quanto a imprescritibilidade não pode significar que este rol não possa ser alargado, seja por lei ordinária, seja por tratado internacional, pois tanto garante os direitos fundamentais individuais a previsão prescritibilidade (em relação ao autor do delito) quanto a de imprescritibilidade (em relação à vítima e à sociedade).

A figuração da imprescritibilidade apenas para os crimes de racismo e os relativos à ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático, parece significar tão apenas mais uma daquelas normas formalmente constitucionais, mas que materialmente não o são.

Corroborando o entendimento acima cita-se Emerson Penha Malheiro¹⁰¹:

A ausência de previsão de imprescritibilidade do genocídio, dos crimes de guerra, de lesa-humanidade ou de agressão, no direito interno não impede a sua providência por tratado internacional, mesmo porque o rol da Constituição Federal não é taxativo, podendo ser ampliado.

Deve-se observar também que o crime de racismo, muitas vezes acontece num universo menor, entre duas ou poucas pessoas. Igualmente, a ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, que apesar da repercussão, tem seu espectro de efeitos limitado ao território em que acontece. Portanto, se esses crimes são considerados imprescritíveis, não de ser também os previstos no Estatuto de Roma, pois, além de possuírem a mesma natureza dos originariamente previsto pela Constituição de 1988, o seu espectro de efeitos envolve toda a coletividade humana.

Desta forma não há conflitos de normas acerca da imprescritibilidade dos crimes constantes do Estatuto de Roma. A partir da ratificação em caráter material e formalmente constitucional do T.P.I., há de se considerar a norma do Art. 29 do Estatuto de Roma como permissivo constitucional para que o rol dos crimes imprescritíveis seja ampliado, haja vista a identidade dos bens jurídicos por esta forma protegidos.

c) Irrelevância da Qualidade Oficial: Esta questão diferentemente das anteriores, exige que se faça uma análise mais ampla dos parâmetros constitucionais que envolvem sua harmonização com o texto da Carta da República.

É fato que no Brasil, nas três esferas do Poder Estatal, aqueles que exercem cargo ou função de substancial relevância gozam de privilégio de foro, motivo pelo qual, num primeiro momento, não podem ser submetidos à tutela do T.P.I.

⁹⁹ BAHIA, Saulo José Casali. Tribunal Pena Internacional: Possibilidades e Desafios, 1ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p290.

¹⁰⁰ BAHIA, Saulo José Casali. Tribunal Pena Internacional: Possibilidades e Desafios, 1ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p290.

¹⁰¹ MALHEIRO, Emerson Penha. Manual de Direito Internacional Público, 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p175.

Também é fato que o T.P.I. possui jurisdição complementar em relação aos Estados signatários, fato esse expresso em seu próprio preâmbulo, ao relembrar que é dever Estado exercer a respectiva jurisdição penal sobre os responsáveis por crimes internacionais, e ao sublinhar que o Tribunal Penal Internacional, criado pelo Estatuto de Roma, será complementar às jurisdições penais nacionais. Consta no Art. 1º do referido Estatuto que abaixo segue transcrito:

Art. 1º. É criado, pelo presente instrumento, um Tribunal Penal Internacional ("o Tribunal"). O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e será complementar às jurisdições penais nacionais. A competência e o funcionamento do Tribunal rege-se pelo presente Estatuto.

Com base nos fatos acima mencionados, para que não haja conflito entre a norma aplicável, basta que o nosso judiciário julgue, e julgue da melhor maneira que dele se espera enquanto guardião justiça, dos direitos e dos preceitos constitucionais democráticos. Neste plano ideal, jamais se confrontarão as jurisdições, pois, como demonstrado alhures, o T.P.I. detém apenas jurisdição complementar à nacional. Com razão, mas sem muitos esclarecimentos afirma Emerson Penha Malheiro¹⁰²:

A Constituição Federal brasileira prevê imunidades e foro por prerrogativa de função, que se dirigem à ordem interna e não internacional. Se o Brasil desejar manter tais prerrogativas, deve julgar o caso, pois em face do princípio da complementaridade, nessa hipótese, o Tribunal Penal Internacional não atuará.

Contudo, é nesse momento que se deve ater aos fundamentos históricos para entender a intenção do Corpo de Plenipotenciários, do qual o Brasil fez parte, quando da elaboração do Estatuto de Roma. Assim como entender a intenção dos Poderes Executivo e Legislativo, ao procederem a incorporação do Tribunal Penal Internacional, e posteriormente, reincorporá-lo com força, eficácia e aplicabilidade de Norma Constitucional.

Ora, é fato notório, em razão dos conflitos e guerras ocorridos, que os maiores criminosos internacionais que perpetraram, ordenaram, dirigiram ou consentiram algum dos crimes atualmente previstos no Estatuto de Roma (T.P.I.) foram autoridades nacionais. Chefes de Estado, Chefes Militares, enfim, pessoas que seriam intangíveis, num hipotético julgamento, caso possuíssem ou não se

¹⁰² MALHEIRO, Emerson Penha. Manual de Direito Internacional Público, 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p174.

desconsiderasse a imunidade e prerrogativa de foro que a função lhes proporcionava¹⁰³.

Na clara intenção de resolver esse impasse é que faz parte do Estatuto de Roma o seguinte artigo:

Artigo 27

1. O presente Estatuto será aplicável de forma igual a todas as pessoas sem distinção alguma baseada na qualidade oficial. Em particular, a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público, em caso algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal nos termos do presente Estatuto, nem constituirá de per se motivo de redução da pena.

2. As imunidades ou normas de procedimento especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa; nos termos do direito interno ou do direito internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa.

É interessante interpretar o artigo supra em consonância com o que segue a fim de observar o princípio da complementaridade aplicado a hipótese:

Artigo 20

(...)

3. O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal, por atos também punidos pelos artigos 6º, 7º ou 8º, a menos que o processo nesse outro tribunal:

- a) Tenha tido por objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; ou
- b) Não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça.

Por exemplo: Se um Chefe de Estado ou um Parlamentar for julgado pela corte de sua prerrogativa funcional, e o julgamento objetivar o contido na alínea “a” do Art. 20 do Estatuto de Roma ou for conduzido de acordo com a alínea “b” do mesmo artigo do referido Estatuto, o Tribunal Penal Internacional atuará, tratando-os como qualquer outro indivíduo pertencente à raça humana, sem qualquer prerrogativa em relação ao cargo ocupado. Com a finalidade precípua de apurar e levar a cabo o julgamento da forma que dele se espera. Adiante Alexandre de Moraes discorre sobre a prerrogativa de foro em razão da função¹⁰⁴:

Conforme já amplamente analisado, os congressistas somente poderão ser processados e julgados, nas infrações penais comuns, pelo Supremo Tribunal Federal.

A abrangência desta prerrogativa constitucional de foro dos membros do Congresso Nacional relaciona-se com a locução “crimes comuns”, prevista no art. 53, §4º e art. 102, inciso I, b, ambos da Constituição Federal, cuja definição o Supremo Tribunal Federal já determinou abranger todas modalidades de

¹⁰³ BAHIA, Saulo José Casali. Tribunal Pena Internacional: Possibilidades e Desafios, 1ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p290.

¹⁰⁴ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, 19ª ed., atual., São Paulo: Atlas, 2006. p418.

infrações penais, estendendo-se aos delitos eleitorais, alcançando até mesmo, os crimes contra a vida e as próprias contravenções penais...

Diante dessa passagem, vê-se que a prerrogativa de foro em razão da função é suscitada para os crimes considerados “comuns”, ali instados, inclusive com definição bastante ampla dada pelo STF.

No entanto, em momento algum foram insertos na categoria de “crimes comuns” os previstos pelo Estatuto de Roma e puníveis pelo T.P.I., isto porque o §4º do Art. 5º da CRFB-88 é uma norma especial, ao contrário de comum, os crimes ali previstos são de caráter especial, pelo que a tutela deferida aos bens jurídicos através dessa norma (Art. 5º, §4º) é especial. Logo, o Tribunal Penal Internacional é constitucionalmente legitimado para atuar em caráter complementar na persecução de “crimes especiais” em face de “autoridades estatais”, uma vez que, suas prerrogativas de foro são legítimas apenas para os “crimes comuns”.

Ressalta-se coerente raciocínio de Carlos Eduardo Adriano Japiassú¹⁰⁵:

A hipótese aqui discutida seria a de um parlamentar, ao fazer uso da palavra, pregar o genocídio, em plena Casa Legislativa a que ele pertence. Conforme disposto na Lei Maior, o Direito oferece, quanto aos privilégios funcionais, a imunidade necessária para assegurar a deputados e senadores que desempenhem as suas com independência e segurança.

(...)

A incitação pública ao genocídio não se coaduna, de maneira alguma, com a finalidade da imunidade e, por essa razão, não poderia ser alegada. Esse parece o melhor entendimento, visto que o cometimento de crime de competência do Tribunal não tem e não pode ter nenhuma relação com a finalidade da imunidade parlamentar. Certamente não se protegerá a democracia ou o Estado Democrático de Direito permitindo que parlamentar incitasse a prática de genocídio, e a imunidade não pode ser alegada nesse caso. Dessa maneira, não existe, em realidade, qualquer contradição entre o Estatuto de Roma e a Constituição brasileira, quanto à questão da imunidade.

Assim, em face dos fundamentos apresentados, também não há possibilidade de conflito entre as normas do Estatuto de Roma e a Constituição Federal.

d) Pena de Prisão Perpétua: Para harmonizar mais este preceito aparentemente conflitante com a Carta Magna, há de se fazer uma interpretação do sistemática e teleológica do Estatuto de Roma e do Texto Constitucional.

A pena de prisão perpétua prevista no Estatuto de Roma em seu Art. 77, “b”, será aplicada excepcionalmente, levando-se em consideração a gravidade do crime e as condições pessoais do agente. Esta regra incorporada ao ordenamento jurídico

¹⁰⁵ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Tribunal Pena Internacional: Possibilidades e Desafios, 1ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p201-202.

pátrio através da E.C. nº. 45 de 2004, à primeira vista, conflita com originária previsão de vedação deste tipo de sanção no Art. 5º, XLVII, b da CRFB-88.

Todavia, deve-se interpretar a regra constante do Estatuto de Roma concomitantemente ao que disciplina o seu Art. 110 que trata do reexame periódico necessário:

Artigo 110

(...)

3. Quando a pessoa já tiver cumprido dois terços da pena, ou 25 anos de prisão em caso de pena de prisão perpétua, o Tribunal reexaminará a pena para determinar se haverá lugar a sua redução. Tal reexame só será efetuado transcorrido o período acima referido.

4. No reexame a que se refere o parágrafo 3º, o Tribunal poderá reduzir a pena se constatar que se verificam uma ou várias das condições seguintes:

a) A pessoa tiver manifestado, desde o início e de forma contínua, a sua vontade em cooperar com o Tribunal no inquérito e no procedimento;

b) A pessoa tiver, voluntariamente, facilitado a execução das decisões e despachos do Tribunal em outros casos, nomeadamente ajudando-o a localizar bens sobre os quais recaíam decisões de perda, de multa ou de reparação que poderão ser usados em benefício das vítimas; ou

c) Outros fatores que conduzam a uma clara e significativa alteração das circunstâncias suficiente para justificar a redução da pena, conforme previsto no Regulamento Processual;

5. Se, no reexame inicial a que se refere o parágrafo 3º, o Tribunal considerar não haver motivo para redução da pena, ele reexaminará subsequente a questão da redução da pena com a periodicidade e nos termos previstos no Regulamento Processual.

Através da redação do artigo supracitado, percebe-se a relativização da pena de prisão perpétua constante do Art. 77, b do Estatuto de Roma, no sentido de ser redutível, considerando exigência de reexame obrigatório, a ser realizado, aliás, num período menor que a pena máxima passível de ser aplicada no Brasil.

Por este prisma observa-se a aplicação da pena de prisão perpétua no âmbito formal, não material. Nesta ordem de idéias, admitindo que materialmente não se possa falar em aprisionamento perpétuo, também não se pode falar de inconstitucionalidade do T.P.I. em virtude de tal previsão.

Segundo estudos do Mestre Saulo José Casali Bahia¹⁰⁶:

A Itália, por exemplo, ratificou o Tratado de Roma expondo, por seus porta-vozes, o ponto de vista de que se o seu texto prevê a possibilidade obrigatória de revisão da pena de prisão perpétua após o transcurso do prazo de 25 anos, a fim de determinar se a mesma deverá ser reduzida (artigo 110); não poderia, então ser considerada perpétua.

Sobre este ponto cabe destaque, em se tratando de direitos e legislações, o Brasil ao longo de sua construção jurídico-democrática, recebeu grande influência do pensamento jurídico italiano, porquanto é deveras compatível.

¹⁰⁶ BAHIA, Saulo José Casali. Tribunal Pena Internacional: Possibilidades e Desafios, 1ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p289.

Outro parâmetro para se levar em consideração é trazido pelo mestre Emerson Penha Malheiro¹⁰⁷:

No entanto, no que refere ao Brasil, não há de se falar em conflito porque a proibição insculpida no dispositivo da Constituição Federal brasileira dirige-se ao direito interno, não podendo atingir outra jurisdição, seja estrangeira ou internacional.

A afirmação acima ganha substância diante do que diz Saulo José Casali Bahia¹⁰⁸:

A prática extradicional brasileira vem, de muitos anos, com a chancela do Supremo Tribunal Federal, permitindo a realização da extradição quando a pena de morte for comutada em pena perpétua privativa de liberdade. A explicação é que a Constituição Federal proíbe a fixação da pena perpétua no país, mas não se fixada e cumprida no estrangeiro, em razão da atuação de jurisdição alienígena, consistindo a exigência de comutação tão-somente em atitude humanitária.

Não Obstante a observação de Alexandre de Moraes¹⁰⁹:

A legislação brasileira exige para a concessão da extradição, a comutação da pena de morte, ressalvados os casos em que a lei brasileira permite sua aplicação, em privativa de liberdade. Em relação à pena de prisão perpétua, porém, reiterada jurisprudência da Corte Suprema entendia ser desnecessária sua comutação em pena privativa de liberdade com prazo máximo de cumprimento. Esse posicionamento foi alterado pela nova composição de Supremo Tribunal Federal que, por maioria de votos, 'condicionou a entrega do extraditando à comutação das penas de prisão perpétua em pena de prisão temporária de no máximo 30 anos'.

Por fim, não se exige a comutação de eventual pena de prisão com trabalhos forçados.

É legalmente viável sancionar excepcionalmente o condenado por algum dos crimes tipificados no T.P.I. ao cumprimento pena de prisão perpétua, pois esta se mostrou "mutável" num lapso de tempo inferior ao da pena máxima permitida no Brasil, por dirigir-se ao âmbito jurídico internacional, e não ao doméstico, e por haver precedentes doutrinários no país permissivos desta sanção.

Cumprido ressaltar que o Brasil só exigia a comutação da pena capital por questões humanitárias e as pessoas receptoras dessa benesse não cometeram crimes "contra a humanidade".

Independentemente da argumentação utilizada no parágrafo anterior, é possível se fazer outra análise frente à Constituição.

Ocorre que, em casos excepcionais, a Carta Magna prevê a pena de morte mais severa do que a perpétua (Art. 5º, XLVII, "a" da CRFB-88), visando tutelar de modo mais enfático os bens jurídicos ali envolvidos.

¹⁰⁷ MALHEIRO, Emerson Penha. Manual de Direito Internacional Público, 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p172.

¹⁰⁸ BAHIA, Saulo José Casali. Tribunal Pena Internacional: Possibilidades e Desafios, 1ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p288.

Utilizando-se do mesmo raciocínio, o Poder Executivo e o Poder Legislativo, ao submeter o Brasil à jurisdição do T.P.I., através da E.C. 45 de 2004, inseriram uma ressalva no Art. 5º, XLVII, “b” da CRFB-88 igual a existente na alínea anterior do mesmo artigo.

Dessa maneira, foi acostada também em caráter excepcional, a possibilidade de prisão perpétua prevista no Estatuto de Roma, no intuito de tutelar mais enfaticamente os bens jurídicos ali envolvidos.

Esta posição é defendida por Emerson Penha Malheiro¹¹⁰:

Há também posicionamento no sentido de que se a Constituição Federal brasileira admite, em caso de guerra declarada, a pena de morte, que é mais grave que a perpétua, esta seria plenamente admissível nos casos de crimes contra a humanidade, genocídio, crimes de guerra e crimes de agressão, pois, quem pode o mais, pode o menos.

Por esse raciocínio, consegue-se vislumbrar que não ocorre afronta, tampouco supressão de direitos e de garantias individuais. Ao revés, diante da premissa: “quem pode o mais pode o menos” encontra guarida a possibilidade de se aplicar excepcionalmente a pena de prisão perpétua, em razão da importância de se proteger os direitos humanos das graves violações previstas no T.P.I. Haja vista que também em caráter excepcional o Brasil admite há muito tempo constitucionalidade da pena de morte que é bem mais prejudicial à integridade do sentenciado.

Assim, entende-se a pena de prisão perpétua, (fungível pelas regras do Estatuto de Roma), ser uma sanção constitucional passível de ser aplicada pelo T.P.I., excepcionalmente em face do cometimento das atrocidades lá tipificadas.

Ademais, agindo com ponderação, sopesando os bens jurídicos envolvidos, considerando todas as garantias trazidas pelo T.P.I. diante da formalização da pena de prisão perpétua, é fácil verificar que tanto vítima, quanto o agente causador do dano, mais ganharam do que perderam.

Assim, sob este prisma também se verifica a constitucionalidade do T.P.I.

¹⁰⁹ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, 19ª ed., atual., São Paulo: Atlas, 2006. p92.

¹¹⁰ MALHEIRO, Emerson Penha. Manual de Direito Internacional Público, 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p172.

CONCLUSÃO

Através do presente foram trazidos a lume os fundamentos históricos que sustentam a instituição do Tribunal Penal Internacional. Da mesma forma o sustentam os as fontes e os princípios também expostos.

Os fundamentos históricos e principiológicos balizadores do Tribunal Penal Internacional, se coadunam aos princípios que regem o Brasil nas relações internacionais. Da mesma forma, o T.P.I. converge para a tutela dada pelo Estado brasileiro aos Direitos Humanos.

Em razão da compatibilidade, o T.P.I. encontrou espaço no ordenamento jurídico pátrio através permissivo constitucional expresso no Art. 7º da ADCT pelo Poder Constituinte Originário.

Apesar das críticas feitas, a postura adotada pelo Brasil em relação à persecução de crimes contra a humanidade “*lato sensu*”, ao se submeter à jurisdição complementar do Tribunal Penal Internacional, é mais condizente com seus preceitos democráticos e constitucionais do que o posicionamento de antes, quando o Brasil participava da instalação de tribunais de exceção.

Assim recorda Carlos Eduardo Adriano Japiassú¹¹¹:

Quando do surgimento dos mencionados Tribunais ad hoc, o para a ex-Iugoslávia, decidiu-se, por meio da Resolução 827 (1993), e o para Ruanda, com a Resolução 955 (1994), o Brasil pertencia ao Conselho de Segurança da ONU, como membro não permanente.

Vale lembrar que os Tribunais da ex-Iugoslávia e o de Ruanda não dispunham de um sistema garantista de apuração do crime e previam a pena de morte, muito mais severa do que a pena de prisão perpétua prevista no T.P.I.

Pelo exposto, conforme demonstrado no *item 3.3 retro*, o Tribunal Penal Internacional entrou no ordenamento jurídico pátrio através do procedimento comum (Art. 84, VIII e 49, I da CRFB-88) no ano de 2002.

Apesar de ser considerado materialmente constitucional, por força do Art. 5º, §2º da CRFB-88, a fim de evitar controvérsias sobre sua hierarquia, foi novamente submetido procedimento de incorporação, dessa vez o mais criterioso utilizado no país.

¹¹¹ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Tribunal Pena Internacional: Possibilidades e Desafios, 1ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p199.

Ao final do devido processo legal (Art. 60, §2º CRFB-88) o Estatuto de Roma foi reincorporado, e o Brasil reafirmou explicitamente o *status* de norma constitucional que almejava para sua submissão à jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

Portanto, trata-se o Tribunal Penal Internacional de norma material e formalmente constitucional, e por força da E.C. nº 45 de 2004, foi propositadamente posto no Art.5º, §4º, assim goza de eficácia plena e aplicabilidade imediata (Art. 5º §1º CRFB-88).

O T.P.I. é órgão jurisdicional subsidiário ao de uma nação soberana, ou seja, só atuará caso haja omissão ou ineficácia do Estado em fazer valer o direito sobre os fatos típicos positivados no Estatuto de Roma.

Todavia, tal característica não obsta o fato de o Brasil ter inserido em caráter excepcional imprescritibilidade dos crimes previstos no referido Estatuto, bem como a possibilidade de apenar um brasileiro com a prisão perpétua quando for esta a cominação prevista pelo T.P.I. para o crime praticado.

Demonstrou-se hermeneuticamente possível adotar linha de interpretação, bem como juridicamente salutar adotar linha de ação compatível com a máxima eficácia da norma constitucional inserta no (Art. 5º, §4º CRFB-88), para tanto, deve-se realizar análise teleológica e sistemática da Carta da República.

Se negar a fazê-lo alegando afronta a Constituição Federal é contrariar os princípios internacionais da Boa-Fé e “*Pacta Sunt Servanda*”, além do Art. 27 da Convenção de Viena que diz que um Estado não pode alegar disposições de seu direito interno como justificativa para descumprir um tratado que voluntariamente se obrigou. Sobre tal compromisso explana Emerson Penha Malheiro¹¹²:

Alinhe-se, por derradeiro, que a celebração segue os termos da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969), que é obrigatória mesmo para ‘Estados que ainda não a ratificaram ou dela ainda não são signatários’, pois é ‘unanimemente reconhecida como regra declaratória de direito consuetudinário vigente.

O posicionamento majoritário dos Tribunais brasileiros é pela prevalência da norma internacional de direitos humanos em face daquela de origem doméstica. No entanto, em relação à aplicação da pena de prisão perpétua este posicionamento não é absoluto.

¹¹² MALHEIRO, Emerson Penha. Manual de Direito Internacional Público, 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p62

Sobre este ponto em particular nos explica Francisco Rezek¹¹³:

O juiz não legisla. A sentença, ensinam os processualistas exprime ante as partes um comando imperativo de conduta. Tanto faria dela, no dizer de alguns, uma norma, e uma norma irrecusavelmente jurídica, porque apoiada em bom direito. Usando de semelhante linguagem acabaríamos por afirmar que também são normas jurídicas a ordem de serviço dada pelo gerente ao empregado no comércio, ou a proibição do passeio imposta pela mãe à filha menor. Contudo, norma jurídica em sentido estrito é aquela que mostra as características da abstração e da generalidade. Exprimem-na, em direito internacional público, os tratados, os costumes, os princípios gerais, certos atos unilaterais e decisões de organizações internacionais, e nada além dessas categorias. O juiz não tem qualidade – nem pretende tê-la – para elaborar normas, senão para aplicá-las ao caso concreto que se lhe submete.

A despeito de controvérsias sobre o tema, a verdade é que o T.P.I. entrou em nosso ordenamento jurídico através do Devido Processo Legal impulsionado pelo Executivo e Legislativo. Portanto, formalmente não há inconstitucionalidade, mas, a inserção de exceções na alínea “b”, do inciso XLVII e nos incisos XLII e XLIV, todos do Art. 5º da Constituição Federal, em relação aos crimes tipificados no Tratado de Roma por possuir a mesma hierarquia, e ser este mais recente e específico.

Dentro desse cenário o Brasil deve assumir a responsabilidade pelo tratado celebrado e as conseqüentes mudanças legislativas. Negar cumprimento ao que está obrigado, deixar de submeter um brasileiro à tutela do T.P.I. quando necessário, importa em descumprimento da norma do Art. 5º, §4º da CRFB-88, além de ser considerado ilícito internacional, o que é muito negativo para o país.

Ressalta-se que o Tratado de Roma, que instituiu o Tribunal Penal Internacional, por disciplinar matéria relacionada a direitos e garantias individuais, foi gravado na Constituição Federal como cláusula pétrea, e conseqüentemente não deixará o ordenamento jurídico pátrio através da denúncia.

Sobretudo, alegar a essa altura a inconstitucionalidade do Tribunal Penal Internacional, após exaustivas negociações e estudos realizados, manchará a imagem do Brasil na arena internacional. Tal atitude, diante da viabilidade jurídica de aplicação das regras do T.P.I. dentro do ordenamento jurídico pátrio, demonstrará que tanto o executivo quanto nossos legisladores não são capazes de agir de acordo com os princípios que norteiam a administração pública. Fazendo-nos acreditar que não estudam profundamente os projetos e tratados internacionais submetidos às suas respectivas chancelas.

¹¹³ REZEK, Francisco. Direito Internacional Público: Curso Elementar, 11ª ed., rev., atual, São Paulo: Saraiva, 2008. p142.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando de, SILVA, G. E. do Nascimento e, CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**, 16ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

ARAÚJO, Nadia de. **Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira**, 3ª ed., ampl., atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BAHIA, Saulo José Casali. **Tribunal Pena Internacional: Possibilidades e Desafios**, 1ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2004.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Tribunal Pena Internacional: Possibilidades e Desafios**, 1ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MALHEIRO, Emerson Penha. **Manual de Direito Internacional Público**, 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 19ª ed., atual., São Paulo: Atlas, 2006.

OLIVEIRA DE, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**, 6ª ed., rev., atual., ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**, São Paulo: Max Limonad, 2004.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**, 11ª ed., rev., atual., São Paulo: Saraiva, 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Uma concepção multicultural de direitos humanos**, Revista Lua Nova, v. 39, 2008

<<http://www2.mre.gov.br/dai/003.html>>

<http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/Pdf/pdf_164/R164-10.pdf>

<<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16323>>