

## A AMPLIAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Gisele Ricobom

### Palavras-chave

Tratados de Direitos Humanos – Tribunal Penal Internacional – Federalização dos Crimes contra Direitos Humanos.

### Keywords

Tratados de Derechos Humanos – Tribunal Penal Internacional – Federalización de los Crímenes contra los Derechos Humanos

### Biografia

\* Advogada. Bacharel em Direito pela UFPR. Mestre em Direito pela UFSC. Doutoranda em Direitos Humanos pela Universidad Pablo de Olavide, Espanha. Professora de Direitos Humanos e Direito Internacional Público da Unibrasil e Coordenadora do Curso de Relações Internacionais da Unibrasil.  
email:  
giselericobom@hotmail.com

### RESUMO

A Emenda Constitucional nº 45 de 2004 apresentou importantes alterações em matéria de direitos humanos no âmbito constitucional. A primeira delas é a inclusão do § 3º, no artigo 5º, permitindo que os tratados de direitos humanos que o Brasil venha a ratificar sejam equivalentes as emendas constitucionais, desde que aprovados pelo mesmo rito de projeto de emenda constitucional. A segunda delas é a inclusão do § 4º, no mesmo artigo, submetendo o Brasil a jurisdição do Tribunal Penal Internacional. A terceira alteração nessa matéria é a federalização dos crimes considerados grave violação aos direitos humanos, com a inclusão no artigo 109, do § 5º, que tem por finalidade assegurar o cumprimento das obrigações assumidas pelo Brasil na proteção internacional dos direitos humanos. Apresentar as características mais importantes dessas inovações será objeto do presente artigo.

### RESUMEN

La enmienda constitucional nº 45 de 2004 presentó importantes cambios en materia de los derechos humanos en el nivel constitucional. La primer de ellas es la inclusión del § 3º, en el artículo 5º, que permitió que los tratados de los derechos humanos que el Brasil haga la ratificación sean equivalentes a las enmiendas constitucionales, sólo cuando aprobados por lo mismo rito del los proyectos de las enmiendas constitucionales. La según de ellas es la inclusión del § 4º, en el mismo artículo, en el cual el Brasil acepta la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional. La tercer alteración fue la federalización de los crímenes considerados graves violaciones de los derechos humanos, con la inclusión en el artículo 109, del § 5º, que tiene por finalidad asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Brasil en la protección internacional de los derechos humanos. Presentar las características más importantes del las innovaciones es el objeto del presente artículo.

## INTRODUÇÃO

A reforma do judiciário promovida pela Emenda Constitucional nº 45, de 31 de dezembro de 2004, alcançou também importantes alterações em matéria de direitos humanos.

Não obstante o preconizado posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a recepção dos tratados de direitos humanos pelo ordenamento jurídico brasileiro como norma infraconstitucional, desde o remoto julgamento no Recurso Extraordinário nº 80.004/SE, grande parte da doutrina especializada sempre compreendeu que a recepção deveria ocorrer no âmbito constitucional. Ao que parece, a emenda colocou fim ao debate ao permitir a “constitucionalização” dos tratados de direitos humanos, mas somente quando observados os requisitos de aprovação de emenda constitucional. No entanto, nada esclareceu sobre os tratados já em vigência e tampouco sobre o destino dos tratados que porventura não forem aprovados pelo difícil rito de emenda constitucional.

Ademais, outras duas alterações foram implementadas pela referida Emenda Constitucional, quais sejam, a submissão do Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, que tem por finalidade a responsabilização de indivíduos que violem o direito humanitário; e a federalização dos crimes que sejam considerados grave violação aos direitos humanos, retirando da esfera estadual a competência de crimes que também se configurem como violação aos tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

Portanto, é possível observar que a alteração constitucional se inclina para significativa abertura da ordem interna para a internacional, ao menos na matéria de proteção aos direitos humanos, o que rompe em certa medida com a tradição jurídica brasileira de não aceitar a ampliação das garantias fundamentais por processos distintos dos usuais.

O Brasil, em suas relações internacionais, é conhecido pelo ativismo diplomático e cooperativo em inúmeras organizações internacionais que representam os mais variados campos de promoção dos direitos humanos, seja na Organização Internacional do Trabalho, na Organização Mundial da Saúde ou em programas específicos dentro das Nações Unidas, como a Unicef e o Acnur, só para citar alguns. Ademais, sempre contribuiu com a criação de novas estruturas internacionais ou mesmo aderiu a importantes mecanismos de proteção aos direitos humanos, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, também se submetendo aos diversos tratados construídos sob a égide das Nações Unidas.

Temos uma história que marcou a presença brasileira na construção de uma sociedade internacional mais equilibrada e menos polarizada, desde Rui Barbosa até Francisco Rezek, Antônio Augusto Cançado Trindade, Vicente Marotta

Rangel, Sylvia Steiner, Sergio Vieira de Mello e muitos outros que participaram ou que continuam atuando nas mais distintas e relevantes funções nas principais organizações e tribunais internacionais.

Atualmente, o Brasil ocupa papel de destaque no continente, valorizando a integração regional, contribuindo com missões das Nações Unidas, liderando grupos nas discussões multilaterais nas rodadas do comércio internacional, meio ambiente, entre outros.

As demandas internacionais exigem cada vez mais a cooperação integrada dos Estados na solução de problemas comuns. Não se trata de relativização ingênua da soberania sem proteção aos interesses nacionais, mas de participação responsável e inevitável em contexto global.

Os mecanismos internacionais de proteção aos direitos humanos não podem servir apenas para a ampliação das relações comerciais, enquanto exigência da responsabilidade social, mas devem se traduzir em garantias efetivas aos cidadãos brasileiros. Nesse sentido, fica defasada a jurisprudência brasileira que por muito tempo minimizou a importância do direito internacional dos direitos humanos.

Nesse contexto, o presente trabalho tem por objetivo analisar as principais inovações promovidas pela Emenda Constitucional nº 45/04, em matéria de proteção aos direitos humanos.

## 1 A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS

Antes da Emenda Constitucional nº 45 havia grande debate doutrinário na tentativa de estabelecer que os tratados de direitos humanos recepcionados pelo Brasil teriam a hierarquia das normas constitucionais, ou seja, não estariam suscetíveis pela legislação ordinária brasileira infraconstitucional. O que respalda tal entendimento é o disposto no artigo 5º, § 2º, da CF ao dispor que “Os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

No entanto, essa discussão não se limita a uma questão terminológica, mas relaciona-se diretamente com a problemática do alcance da norma garantidora de direitos humanos. Em essência, a polêmica está relacionada com a forma pela qual o Estado brasileiro recepciona os tratados internacionais em matéria de direitos humanos, se o faz com a intenção de reconhecer uma consciência universal em matéria de direitos humanos – materializada em Pactos e em Convenções – complementar e incidental aos princípios e garantias da Carta fundamental e, portanto, garantindo a esses estatutos uma condição de recepção privilegiada (aplicabilidade imediata dos

tratados de direitos humanos),<sup>1</sup> ou se tais consensos, apesar da temática e do esforço de cooperação internacional em prol dos direitos humanos, são absorvidos pelo ordenamento interno como leis de caráter geral, interpretação adotada até então pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, parece que a alteração constitucional de 2004 fez difícil escolha, na tentativa de superação entre o embate doutrinário e jurisprudencial, já que possibilita a equivalência material dos tratados, permitindo que a Constituição assumisse expressamente o conteúdo dos direitos previstos nos tratados, apenas se estes forem aprovados pelo mesmo rito de emenda constitucional. Pode-se afirmar que tal alteração avançou dois passos, recuando um, já que possibilita a valorização normativa no ordenamento jurídico pátrio nessa matéria, ao mesmo tempo em que dificulta o caminho para que isso aconteça. Ademais, expressa com clareza que os tratados de direitos humanos não podem ser comparados às normas constitucionais.

O novo procedimento estabelecido no §3º surpreendeu a doutrina por exigir quórum especializado em dois turnos de votação como estágio para constitucionalizar tratados que versem sobre direitos humanos. Para além das críticas que o dispositivo constitucional possa suscitar, existe, a partir de então, uma fórmula clara para resolver tratados futuros. No entanto, os tratados já ratificados permanecem sem resposta quanto à hierarquia das normas.

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal terá o labor de decidir entre a recepção dos tratados já ratificados como sendo equivalentes às normas constitucionais ou a existência de desnível hierárquico de tratados sobre direitos humanos. Nesse momento, está em fase de julgamento no STF, o Recurso Extraordinário 466.343-1, cujo objeto é a discussão da prisão civil do depositário infiel, e que pode representar importante mutação constitucional na temática da recepção dos tratados que versam sobre direitos humanos, já definindo o entendimento da Corte sobre os tratados anteriores a Emenda em questão<sup>2</sup>.

De acordo com o voto-vogal do Ministro Gilmar Mendes, “parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que

1 Sobre essa discussão consultar: CANÇADO TRINDADE, Antônio A. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. Boletim da Sociedade Brasileira e de Direito Internacional, Brasília, nº 113-118, 1988, p.88-89; MELLO, Celso D. de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Logo (Org). Teoria dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 25-26 e PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 6.ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.

2 Esta decisão ocorreu em 22.11.2006, sendo o Relator o Ministro Cesar Peluzo que defendeu a tese da supralegalidade dos tratados e foi acompanhada pelos Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Marco Aurélio. No entanto, o Ministro Celso de Mello pediu vista dos autos, razão pela qual a decisão ainda se encontra pendente.

os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade.”<sup>3</sup>

A tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos, primeiramente defendida pelo então Ministro Sepúlveda Pertence, já havia sido vencida em decisões anteriores, mas com a nova composição da Corte Suprema ganhou novo fôlego. A partir daí, sem receio de errar, é possível identificar que o STF irá decidir pela supralegalidade, sempre que os tratados não tenham sido aprovados pelo rito de emenda constitucional, o que inclui todos aqueles anteriores a própria alteração da EC 45/04.

Ainda assim, a doutrina segue no esforço de garantir a materialidade constitucional dos tratados de direitos humanos, seja pela força da §2º, do artigo 5º, ou por considerar que a Emenda Constitucional 45/04 “elevou à categoria dos tratados de nível constitucional. Essa é uma equação jurídica da mesma natureza daquela que explica que nosso Código Tributário, promulgado a seu tempo como lei ordinária, tenha-se promovido a lei complementar à Constituição desde o momento em que a Carta disse que as normas gerais de direito tributário deveriam estar expressas em diploma dessa estatura.”, como defende Francisco Rezek.<sup>4</sup>

Por fim, é necessário também questionar sobre o procedimento de aprovação desses tratados pelo Congresso Nacional, visto que será necessária alteração regimental para o recebimento e encaminhamento da forma de aprovação dos tratados de direitos humanos. Recentemente, o Deputado Ronaldo Caiado propôs Projeto de Resolução que altera o Regimento Interno da Câmara dos Deputados e que dispõe sobre a forma de aprovação dos tratados nessa matéria<sup>5</sup>. Segundo o Projeto, cabe a Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional indicar a aprovação do tratado pelo rito de emenda. Tal indicação deverá ser aprovada em plenário pela maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados. Se não houver aprovação, seguirá o rito de decreto legislativo. Após aprovação, será encaminhada a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania que poderá admitir a mensagem, deliberando acerca da constitucionalidade no prazo de 40 sessões. Se a Comissão não admitir a mensagem, esta será arquivada, salvo recurso de um décimo dos Deputados para que o plenário aprecie a questão constitucional.

Pode-se observar, portanto, que o Projeto em questão não dá primazia para a aprovação dos tratados de direitos humanos pelo rito previsto no §3º, do artigo 5º, uma vez que deixa a critério da Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional

3 Conforme RE 466.343-1.

4 REZEK, Francisco. Direito Internacional Público: curso elementar. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.103.

5 PRC-131/2008, Deputado do DEM, proposta em 15 de maio de 2008. Anteriormente, havia a PRC-204/2005, sobre a mesma matéria, de iniciativa do Deputado Fernando Coruja.

da Câmara dos Deputados tal decisão. Outro equívoco do Projeto em questão é a impossibilidade da retomada de aprovação pelo rito de decreto legislativo, se não houver aprovação pelo rito de emenda constitucional, já que nesse caso ocorreria o arquivamento se não houver quórum suficiente no plenário após a conclusão afirmativa da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, da mesma Casa.

## 2 O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Criado em 1998, pelo Estatuto de Roma, o Tribunal Penal Internacional - TPI entrou em vigor apenas em 2002, quando atingiu o número necessário de sessenta adesões para iniciar os trabalhos. A criação de Tribunal que responsabilize indivíduos no plano internacional resulta de alguns precedentes criados no âmbito das Nações Unidas, por meio de decisão do Conselho de Segurança da ONU, como resposta aos graves crimes cometidos contra a população civil em contexto de guerras civis, como é o caso do Tribunal para a Antiga Iugoslávia e o Tribunal para Ruanda<sup>6</sup>. O primeiro criado em razão da ação de Slobodan Milosevic, que promoveu retaliação sérvia, quando da desintegração do Estado Iugoslavo, no início da década de noventa; e o segundo criado em razão dos conflitos entre as etnias tutsis e hutu, instigados pelos colonizadores belgas e alemães, no ano de 1994 em Ruanda.

A competência do TPI se limita aos crimes mais graves que preocupam a comunidade internacional, como os crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra e de agressão<sup>7</sup>. Há, portanto, tipificação específica prevista no tratado constitutivo do Tribunal, trazendo exemplos que se caracterizam como normas penais de tipos abertos, já que não encerram todas as possibilidades na definição de cada tipo de crime. Deve-se ressaltar que o Tribunal julga e condena indivíduos que tenham praticado as condutas tipificadas, independente da hierarquia, posição social ou facção desta pessoal no contexto do conflito.

Os Estados-partes do Estatuto são obrigados a cooperar nas investigações e procedimentos realizados no Tribunal, bem como entregar seus nacionais para julgamento, se for o caso. As prisões e a execução da sentença condenatória também

6 Pode-se incluir, ainda, como precedentes os Tribunais de Nuremberg e de Tóquio criados pelos vencedores após a II Guerra Mundial para julgamento dos crimes praticados pelos alemães e japoneses durante a Segunda Guerra, embora todas as partes no conflito tenham violado o direito humanitário.

7 Para estudo aprofundado sobre o TPI verificar: KRIEGER, César Amorim. Direito internacional humanitário: o precedente do Comitê Internacional da Cruz Vermelha e o Tribunal Penal Internacional. Curitiba: Juruá, 2005.

dependem de cooperação dos Estados que se ofereçam para receber o réu ou o condenado em seu sistema penitenciário, já que o Tribunal não possui espaço específico para tal.

A estrutura de funcionamento do TPI é dividida em Presidência, Seção de Recursos, Seção de Julgamento em primeira instância, Seção de Julgamento de Instrução, Gabinete do Procurador e Secretaria. Podem acionar o Tribunal os Estados e o Conselho de Segurança da ONU que envia pedido a Promotoria ou esta própria de ofício. A sede do Tribunal é em Haia e a pena pode ser de 30 anos ou de prisão perpétua, como será analisado adiante.

A compatibilidade do Estatuto de Roma com o ordenamento interno brasileiro suscitou inúmeros debates, conduzindo a uma revisão comparativa das normas de direito penal e de processo penal, bem como dos limites temporais e materiais definidos constitucionalmente em matéria de aplicação da pena. Embora superadas as controvérsias principais quanto à possibilidade de entrega de nacionais e de aplicação da de prisão perpétua, não é incomum encontrarmos ainda hoje opiniões confusas no tocante a essa matéria.

As controvérsias foram superadas a partir da compreensão do Tribunal Penal Internacional como instância supranacional de natureza complementar às jurisdições penais nacionais, conforme definido no Capítulo I do Estatuto de Roma. O princípio da complementaridade desarma muitas críticas que precipitadamente foram direcionadas ao funcionamento da Corte Penal. O TPI respeita e consagra a soberania dos Estados aos seus respectivos sistemas internos.

Outro ponto que também desarmou argumentos contrários ao TPI foi a compreensão clara da natureza desse tribunal como sendo a de julgar pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, notadamente o crime de genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes de agressão, como visto. A compreensão do papel dessa Corte vai além do Estatuto em si e de seus procedimentos processuais, significando o esforço internacional por constituir uma instância permanente, autônoma e dotada de todas as garantias de ordem jurídica tanto para as vítimas quanto para os acusados. As experiências anteriores de tribunais ad hoc, marcadas por parcialidade, influência política e violação dos princípios da legalidade e da ampla defesa, são suficientes para fazer reconhecer a necessidade de uma instância neutra e competente para promover o julgamento dos envolvidos em crimes humanitários de grandes proporções.

É necessário ressaltar que o Estatuto de Roma já em seu artigo 1º define que o Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional e será **complementar às jurisdições penais nacionais**. Antes mesmo de qualquer reflexão jurídica acerca da constitucionalidade do Estatuto, é defeso compreender que a

criação do Tribunal ocorre para suprir a crise de legitimidade dos tribunais *ad hoc* criados por meio de Resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas, visto que necessitavam contemplar uma possibilidade de persecução penal aos agentes que ficariam impunes em face do completo desmantelamento da estrutura de seus Estados, como ocorreu na Ex-Iugoslávia e Ruanda, por exemplo.

Deve-se, portanto, vislumbrar o verdadeiro espírito da jurisdição internacional, visto que sua atuação se limitará a coibir situações de impunidade para países que passam por completa desestruturação do aparato estatal, em razão de conflito bélico de larga escala. Isso é o que se pode inferir da leitura do Estatuto, aliada a uma consideração e contextualização histórica da própria criação do Tribunal Internacional. Outra não seria a razão para a tipificação de crimes próprios de conflitos armados de grande proporção e da completa ausência de crimes próprios da esfera estatal, como o tráfico de drogas, por exemplo, pois nesse caso sequer haverá atuação subsidiária do Tribunal.

Não se pode ignorar, no entanto, que em caso de omissão do Estado, ainda que exista aparato estatal em funcionamento, haverá possibilidade de atuação do TPI, conforme previsão de admissibilidade constante do artigo 17, item 1, a, do Estatuto, que dispõe a não admissibilidade de caso que seja objeto de procedimento criminal por parte de Estado que tenha jurisdição, **salvo se este não tiver vontade de levar a cabo o inquérito ou o procedimento ou, não tenha capacidade para o fazer**. Ocorre aqui a previsão de omissão estatal que igualmente permite a atuação do Tribunal. O item 2, do referido artigo, determina, ainda, as circunstâncias caracterizadoras da ausência de vontade de agir do Estado e que permitiriam atuação do TPI, quais sejam, a instauração de processo criminal ou pendência de decisão judicial com o propósito de subtrair a pessoa em causa à sua responsabilidade criminal por crimes de competência do Tribunal; a demora injustificada no processamento criminal; e a condução do processo de maneira não independente e imparcial, que seja incompatível de levar a pessoa em causa perante a justiça.

Sem desconsiderar a primeira circunstância, acredita-se mais provável a entrega de nacional em razão da omissão do Estado brasileiro, principalmente em função de demora injustificada no processamento criminal. Neste caso, tem o Brasil dever de cooperar com a entrega do nacional, que por óbvio estará submetido, nesse processo de avaliação, tanto as regras de direito interno, quanto à do próprio estatuto. Seria neste momento que o STF se manifestaria sobre as possíveis incompatibilidades do Estatuto frente à constituição, em dois aspectos principais, a impossibilidade de extradição de nacional e a inconstitucionalidade da pena de prisão perpétua.

A polêmica com relação à extradição de nacionais foi solucionada e superada depois de muita negociação nas conferências das Nações Unidas em Roma

e pela aceitação da proposta do Reino Unido de diferenciar no Estatuto a entrega (surrender) de extradição (extradition)<sup>8</sup>. Assim prevaleceu no artigo 102, conforme segue:

“Art. 102

Termos Usados

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.”

A entrega é compreendida como sendo a possibilidade de julgamento internacional com a presença do acusado quando o sistema interno tenha falhado ou opte por não julgar os crimes de natureza grave conforme definidos pelo Estatuto de Roma. A possibilidade de entrega apenas confirma o princípio da complementaridade e a confiança depositada pelos Estados na atuação da Corte supranacional. Não há, reforçando o já dito, qualquer risco à soberania do Estado, já que o julgamento pelo TPI é subsidiário e consensual.

A outra questão que gerou polêmica e constituiu grande obstáculo à ratificação do Estatuto no Brasil diz respeito à possibilidade de condenação de uma pessoa a prisão perpétua<sup>9</sup>, conforme definido pelo art. 77:

“Art. 77

Penas Aplicáveis

1. Sem prejuízo do disposto no artigo 110, o Tribunal pode impor à pessoa condenada por um dos crimes previstos no artigo 5º do presente Estatuto uma das seguintes penas:

- a) pena de prisão por um número determinado de anos, até o limite máximo de 30 anos; ou
- b) pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem.

(...)”

Os casos que justificariam a aplicação da pena máxima devem ser fundados nas circunstâncias agravantes, definidas segundo as Regra 145 do Regulamento Processual do TPI, que define: i) qualquer condenação anterior por crimes de

8 A Constituição Brasileira de 1988 proíbe a extradição de nacionais, em seu artigo 5º, LI. Eis a razão para o necessário esclarecimento da natureza jurídica da entrega do nacional para julgamento junto ao TPI.

9 A Constituição Brasileira de 1988 estabelece, em seu artigo 5º, XLVII, que não haverá penas de caráter perpétuo, entre outras. Essa seria a razão alegada para uma segunda inconstitucionalidade do tratado de Roma.

competência do Tribunal ou de natureza similar; ii) o abuso de poder por cargo oficial; iii) se o crime foi cometido quando a vítima estava especialmente indefesa; iv) se o crime foi cometido com especial crueldade ou houve muitas vítimas; v) se o crime foi cometido por qualquer dos motivos que envolva discriminação; vi) outras circunstâncias que, apesar de não enumeradas, por sua natureza sejam semelhantes às mencionadas.

O TPI só aplicará a pena máxima em casos extremos, quando o acusado for responsável por crimes de suma gravidade, como o extermínio de milhares de seres humanos, o genocídio caracterizado como tal, sendo necessário o exame do caso concreto. Trata-se de punição compatível com a expectativa da comunidade internacional em repreender a ocorrência de crimes brutais contra a humanidade, mas que de certa forma não deixa de ser contrária aos preceitos mais básicos dos direitos humanos.

Caso não seja enquadrado nas agravantes, o limite punitivo do TPI iguale-se ao aplicado no Brasil, fixando o máximo de 30 anos, prevista a revisão da pena depois de cumpridos 25 anos de prisão.

### **3 A FEDERALIZAÇÃO DOS CRIMES CONTRA OS DIREITOS HUMANOS**

A Emenda Constitucional 45 criou no artigo 109, § 5º, o chamado Incidente de Deslocamento de Competência - IDC, instrumento processual julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, cabendo ao Procurador-Geral da República a competência para suscitar o deslocamento, quando este verificar violação aos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte.

Portanto, quando houver caso de grave violação aos direitos humanos, o julgamento poderá ser realizado pela Justiça Federal, desde que seja julgado e permitido pelo STJ o deslocamento de competência. São dois os principais questionamentos acerca desta inovação: a possível violação ao princípio do juiz natural; a aplicabilidade da norma que institui o IDC, se de eficácia plena ou limitada.

Nesse sentido, é interessante analisar decisão proferida em 2005, pelo STJ, em IDC que tinha por objetivo deslocar a competência em razão do crime cometido contra a missionária norte-americana Dorothy Stang, que provocou repercussão nacional e internacional<sup>10</sup>.

10 Ementa da decisão: "Constitucional. Penal e Processual Penal. Homicídio doloso qualificado (vítima irmã Dorothy Stang. Crime praticado com grave violação aos direitos humanos. Incidente de

Na referida decisão, o STJ compreendeu que todo homicídio doloso pode ser compreendido como grave violação aos direitos humanos, porque viola o direito a vida, assegurado pela Convenção Americana dos Direitos Humanos de 1969, independente da repercussão que o crime possa ter promovido.

Para o STJ a eficácia na norma insculpida no § 5º, do artigo 109, não é limitada em razão da inexistência de definição para a expressão direitos humanos, visto que a delimitação do rol dos crimes considerados de grave violação poderia afastar a finalidade precípua da norma, que é o cumprimento dos tratados internacionais. Dessa forma, a alegada indefinição dos crimes compreendidos como grave violação de direitos humanos não limitam a eficácia da norma constitucional, visto que é suficiente para ensejar o IDC a ameaça ao cumprimento de obrigações decorrentes de tratados de direitos humanos.

Ademais, o possível conflito do IDC com o princípio do juiz natural deve ser resolvido por meio da proporcionalidade e da razoabilidade, ou seja, pela ponderação necessária para solução dos conflitos entre princípios constitucionais, o que permite inferir que não há definição inequívoca de inconstitucionalidade do IDC por esta razão, visto que o princípio do juiz natural não é absoluto, assim como qualquer outro da Constituição.

No caso em questão, o STJ estabeleceu três requisitos necessários para o efetivo deslocamento de competência: a) ocorra grave violação aos direitos humanos, ou seja, violação de tratados internacionais; b) haja demonstração inequívoca, no caso concreto, de ameaça efetiva ao cumprimento das obrigações decorrentes de tratados internacionais de DH firmados pelo Brasil; c) seja demonstrada a incapacidade de o Estado-membro, por suas instituições e autoridades, levar a cabo em toda a sua extensão, a persecução penal, como se pode observar do próprio acórdão da decisão:

“(…)

5. O deslocamento de competência – em que a existência de crime praticado com grave violação aos direitos humanos é pressuposto de admissibilidade do pedido – deve atender ao princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), compreendido na demonstração concreta de risco de descumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais firmados pelo Brasil, resultante da inércia, negligência, falta de vontade política ou de condições reais do Estado-membro, por suas instituições, em proceder à devida persecução penal. No caso, não há a cumulatividade de tais requisitos, a justificar que se acolha o incidente.” (IDC nº 1 –PA. 2005/0029378-4. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. DJ. 10/10/2005.)

---

deslocamento de competência – IDC. Inépcia da peça inaugural. Norma constitucional de eficácia contida. Preliminares rejeitadas. Violação ao princípio do juiz natural e à autonomia da unidade da federação. Aplicação do princípio da proporcionalidade. Risco de descumprimento de tratado internacional firmado pelo Brasil sobre a matéria não configurado na hipótese. Indeferimento do pedido.” (IDC nº 1 –PA. 2005/0029378-4. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. DJ. 10/10/2005.)

Portanto, pode-se verificar que houve análise criteriosa do STJ para evitar que o Incidente de Deslocamento de Competência seja instrumento de violação da jurisdição estadual, esvaziando esta em detrimento da Justiça Federal. Ao mesmo tempo, criou importante precedente para evitar possível parcialidade ou omissão da justiça local, que resulte em impunidade. É inegável que o IDC representa importante recurso nos casos de ineficiência da Justiça Estadual e está em consonância com os mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos, como o Sistema Interamericano, por exemplo, que pode receber denúncias em caso de demora injustificada das decisões do Poder Judiciário brasileiro.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

As alterações promovidas pela Emenda Constitucional 45 em matéria de direitos humanos representam a preocupação do Estado brasileiro em adequar a legislação nacional aos compromissos assumidos por inúmeros tratados internacionais firmados ao longo de anos pelo Brasil, seja no âmbito universal, regional e até mesmo em razão dos princípios adotados pelo Mercosul, onde democracia e direitos humanos são condições indispensáveis para participação do bloco regional.

O crescimento da importância do Brasil no cenário internacional, seja pela participação ativa nas principais organizações internacionais ou mesmo pelo acréscimo comercial e a busca de novos parceiros não tradicionais nas relações econômicas, propulsionaram o Brasil a estar mais comprometido com a efetivação dos direitos humanos. É sabido que o tema da responsabilidade social, que congrega debates acerca do meio ambiente e dos direitos humanos, tem crescido fortemente e já se apresenta como agenda obrigatória para os países que buscam se firmar no cenário internacional, como potências emergentes.

As três alterações constitucionais são produto dessa perspectiva internacional, todas no sentido de ampliar as garantias internacionais no ordenamento interno. Seja ampliando a eficácia dos tratados ou criando importante mecanismo que pode evitar, se colocado devidamente em prática, inúmeras denúncias internacionais que o Brasil vem recebendo, principalmente no sistema interamericano, como é o caso do Incidente de Deslocamento de Competência. A aceitação da jurisdição do TPI revela de maneira ainda mais cristalina, que a alteração constitucional é fruto desta expectativa de colocar o Brasil na conjuntura internacional como país comprometido em todos os âmbitos.

Não obstante a inquestionável importância dessas alterações, a realidade ainda segue distante dessas garantias, tudo porque o direito enquanto dever-

ser não se mostra capaz de solucionar por si só a desigualdade social que assola a sociedade brasileira. Apenas o desenvolvimento econômico determinado para o desenvolvimento social, que possibilite transferência de renda de forma eqüitativa, que aumente a oferta de empregos significativos, que resultem em mais anos de estudo e pesquisas, entre outros, podem efetivamente fazer com que estas garantias jurídicas passem a ser realidade social, menos dependentes do Poder Judiciário.

**REFERÊNCIAS**

CANÇADO TRINDADE, Antônio A. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. *Boletim da Sociedade Brasileira e de Direito Internacional*, Brasília, nº 113-118, 1988, p.88-89.

KRIEGER, César Amorim. *Direito internacional humanitário: o precedente do Comitê Internacional da Cruz Vermelha e o Tribunal Penal Internacional*. Curitiba: Juruá, 2005.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Logo (Org). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 25-26.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 6.ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.