

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

SANDRA SANTIAGO DECONTI

NOVAS TENDÊNCIAS DA RECEPÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE
PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO E O DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA EM CASOS DE
VIOLAÇÃO

CURITIBA

2008

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

SANDRA SANTIAGO DECONTI

NOVAS TENDÊNCIAS DA RECEPÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE
PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO E O DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA EM CASOS DE
VIOLAÇÃO

Monografia apresentada como requisito parcial para
obtenção do título de bacharel em Direito, do
Departamento de Direito, Setor de Ciências Jurídicas,
da Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Tatyana Sheila Friedrich.

CURITIBA

2008

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| 1. INTRODUÇÃO | 1 |
| 2. RELAÇÕES DO DIREITO INTERNO COM O DIREITO INTERNACIONAL | 3 |
| 3. TRATADOS INTERNACIONAIS | 6 |
| 3.1 ASPECTOS GERAIS | 6 |
| 3.2 INCORPORAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO | 7 |
| 3.3 HIERARQUIA NO DIREITO BRASILEIRO | 10 |
| 4. TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS | 13 |
| 4.1 PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS..... | 13 |
| 4.2 TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988..... | 17 |
| 4.2.1 Direitos Humanos no Brasil Pós 1988 | 17 |
| 4.2.2 Hierarquia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos em face da Constituição Federal de 1988..... | 20 |
| 5. FEDERALIZAÇÃO DOS CRIMES DE DIREITOS HUMANOS | 26 |
| 5.1 REFORMA DO JUDICIÁRIO | 26 |
| 5.2 INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA PARA A JUSTIÇA FEDERAL | 27 |
| 5.2.1 Histórico..... | 27 |
| 5.2.2 Argumentos Contrários..... | 29 |
| 5.2.3 Argumentos Favoráveis..... | 31 |
| 5.2.4 O Caso Dorothy Stang..... | 34 |
| 6. CONCLUSÃO | 37 |
| 7. BIBLIOGRAFIA | 39 |

1. INTRODUÇÃO

Após as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional mobilizou-se com a finalidade de desenvolver uma sistemática normativa internacional, fixando parâmetros protetivos mínimos à dignidade da pessoa humana. Consolidou-se assim, o Direito Internacional dos Direitos Humanos ante a necessidade de uma maior eficácia na proteção dos direitos humanos.

No Brasil, o processo de democratização, iniciado após longo período ditatorial, e a promulgação da Constituição Brasileira em 1988 institucionalizaram os direitos e as garantias fundamentais e inseriram o país no contexto global dos direitos humanos, ampliando significativamente o rol de tais direitos e elevando a dignidade da pessoa humana a princípio base de todo o ordenamento nacional.

O objetivo desta monografia é apresentar as novas tendências da recepção dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, em face das recentes reformas constitucionais, ressaltando, por fim, o instituto do incidente de deslocamento de competência.

Inicialmente, faz-se referência à controvérsia entre dualistas e monistas. Para os primeiros, liderados por Triepel e Anzilotti, existem dois sistemas jurídicos distintos e independentes entre si: o direito interno e o direito internacional. A corrente monista, por sua vez, fundamentada nas idéias de Hans Kelsen, sustenta a existência de uma única ordem jurídica, que se projeta tanto no âmbito interno quanto no internacional.

Em seguida, são feitas considerações acerca dos tratados internacionais – fonte mais importante do direito internacional – que são regulamentados pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969. A discussão entre as fontes internacionais (tratados) e as fontes internas (leis) do direito nos remete a dois momentos distintos: a incorporação das fontes internacionais ao ordenamento jurídico interno e a posição hierárquica que ocupam nesse ordenamento.

Na seqüência, são abordados os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, tratando-se, inicialmente, do processo de internacionalização desses direitos, cujos precedentes foram o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho. A consolidação efetiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos, entretanto, se dá apenas no século XX, a partir

da Segunda Guerra Mundial com a elaboração da Carta das Nações Unidas, de 1945, e da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948.

No Brasil, o processo de democratização, que culminou com a promulgação da Constituição Federal, em 1988, inaugura uma nova mentalidade acerca dos direitos e garantias fundamentais, bem como acerca das relações internacionais. O artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição reconhece a natureza de norma constitucional aos direitos internacionais. Dessa forma, confere-se aos tratados internacionais dos direitos humanos uma hierarquia diferenciada em relação aos demais tratados. Ressalte-se, entretanto, a existência de outras três correntes acerca da hierarquia de tais tratados no ordenamento jurídico brasileiro, sustentando, respectivamente: a hierarquia supraconstitucional, a hierarquia infraconstitucional e a paridade hierárquica entre o tratado e a lei federal. Para solucionar essa controvérsia, a Emenda Constitucional 45/2004 acrescentou um novo parágrafo ao artigo 5º, elevando os tratados de direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos e por três quintos dos votos, à condição de emendas constitucionais.

Finalmente, pondera-se sobre a federalização dos crimes de direitos humanos, decorrente do parágrafo 5º do artigo 109 da Constituição Federal, inserido pela Emenda Constitucional 45/2004, que estabeleceu o incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal nas hipóteses de grave violação de direitos humanos. Tema controvertido, com vários argumentos contrários e outros tantos favoráveis, o incidente de deslocamento gerou, inclusive, a propositura de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, ainda em trâmite.

O instituto foi acionado, pela primeira vez, em decorrência do assassinato da missionária Dorothy Stang. Apesar do indeferimento do deslocamento de competência pelo superior Tribunal de Justiça, importantes questões foram pontuadas.

2. RELAÇÕES DO DIREITO INTERNO COM O DIREITO INTERNACIONAL

O conflito entre as fontes interna e internacional do direito é freqüente. Saber se há alguma separação entre o ordenamento jurídico nacional e o internacional e de que modo o tratado é integrado ao ordenamento jurídico interno nos remete à controvérsia entre os dualistas, liderados por Triepel e Anzilotti, e os monistas, chefiados por Hans Kelsen.

A teoria dualista, após analisar as características distintas do direito interno e do direito internacional, afirmava a existência de dois sistemas jurídicos distintos: a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica interna.

Para Triepel, a oposição entre os dois sistemas, independentes entre si, é resultante de três diferenças. Primeiramente, o direito internacional tem o Estado como seu único sujeito de direito enquanto o direito interno trata das relações entre os sujeitos privados e das relações entre esses sujeitos e o Estado. A segunda diferença é entre suas fontes jurídicas: enquanto o direito interno é resultado da vontade de um Estado, o direito internacional tem como fonte a vontade coletiva dos Estados e, além disso, a lei de um determinado Estado não pode obrigar os demais membros da comunidade internacional. Por fim, enquanto a estrutura da ordem jurídica interna baseia-se em um sistema de subordinação, a estrutura da ordem internacional é a coordenação.

A concepção de Triepel conduz a outra teoria: a teoria da incorporação. Desse modo, é necessária a transformação da norma de origem internacional em direito interno por meio de uma manifestação legislativa, que só então era incorporada ao sistema jurídico. A recepção da norma de direito internacional no direito interno precisa passar por um processo de internalização, não ocorrendo de forma direta. Nas palavras de Nádía de Araújo, “este novo ato de vontade do Estado, no plano interno, ao aceitar normas provenientes de um tratado, era diverso da manifestação de sua vontade no plano internacional, ainda que muitas vezes fosse mera transposição da norma internacional, só este teria validade interna.”¹

A teoria dualista, na forma proposta por Triepel, foi levada para a Itália por Dionísio Anzilotti, apresentando algumas diferenças como, por exemplo, admitindo

¹ ARAÚJO, Nádía de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. Rio de Janeiro, 2006. pp. 147-148.

que o direito internacional pode ser aplicado pelo direito interno, em alguns casos, sem a necessidade de passar pela transformação.

A teoria monista, fundamentada na idéia de Hans Kelsen, não aceita a existência de duas ordens jurídicas autônomas, sustentando a existência de uma única ordem jurídica, com projeções interna (leis) e internacional (tratados). Inexistindo separação entre as leis internas e internacionais, não há necessidade de internalização do tratado no plano interno, impondo-se sua aceitação automática. Entretanto, conseqüentemente, há a possibilidade de conflitos entre regras internacionais e internas, os quais seriam solucionados pela supremacia do direito internacional ou do direito interno. Para os monistas, as normas do direito internacional são incompletas e, portanto, dependentes das normas internas.

Nádia de Araújo ressalta que, “para Kelsen, o dualismo – que ele chamava de pluralismo – era insustentável porque o direito internacional e o nacional não podiam ser sistemas diferentes se as normas de ambos forem consideradas válidas para o mesmo espaço e ao mesmo tempo.”²

Ambas as teorias subdividem-se em duas modalidades: radical e moderado. No dualismo radical faz-se necessária a edição de uma lei distinta para a incorporação do tratado à ordem jurídica nacional. No moderado, essa incorporação dispensa a edição de lei, embora possua um *iter procedimental* complexo, conforme previsto no direito interno. No Brasil é imprescindível a aprovação congressional e posterior promulgação presidencial. O monismo radical prevê a superioridade do tratado sobre a ordem jurídica interna enquanto o monismo moderado equipara hierarquicamente o tratado à lei ordinária, subordinando-o à Constituição, e aplica o critério cronológico, em caso de conflito.

Da análise da jurisprudência brasileira, conclui-se que tanto o monismo quanto o dualismo encontram representação, uma vez que se preocupam com diferentes aspectos do problema. Enquanto o dualismo discute os mecanismos de internalização dos tratados para distinguir as fontes do direito interno das fontes do direito internacional, o monismo concentra-se na existência de conflitos entre os tratados e a ordem jurídica nacional para saber qual deve prevalecer.

Nesse sentido, ensina Nádia de Araújo:

² ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. Rio de Janeiro, 2006. p. 149.

Na concepção de Triepel, o dualismo em nenhum momento falava da primazia ou não de um tratado em face da lei interna, pois, uma vez incorporado, o tratado passava a ser considerado como lei interna. E, na concepção de Kelsen, o monismo não vislumbrava a existência de um iter procedimental para a incorporação do tratado, pois não haveria duas unidades estanques – ordem interna e ordem internacional – mas sim um único sistema, sendo irrelevante a internalização do tratado.³

Com relação à discussão entre fontes internacionais (tratados) e fontes internas (leis), dois momentos distintos podem ser identificados: a incorporação das fontes internacionais ao ordenamento jurídico interno e, caso as normas internacionais já estiverem incorporadas, a sua posição hierárquica neste ordenamento, face às demais leis existentes.

³ ARAÚJO, Nádía de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. Rio de Janeiro, 2006. p. 150.

3. TRATADOS INTERNACIONAIS

3.1. ASPECTOS GERAIS

A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, em seu art. 2º, define tratado como “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”. Nas palavras de Rezek, “tratado é todo acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos.”⁴

A denominação “tratado” é genérica, tendo em vista suas variações terminológicas, tais quais, Convenção, Pacto, Carta, Protocolo, Convenção e Acordo. Segundo Rezek, “esses termos são de uso livre e aleatório.”⁵

Para ser considerado válido, o tratado internacional deve observar algumas condições: capacidade das partes contratantes, habilitação dos agentes signatários, objeto lícito e possível e consentimento mútuo.

A capacidade de celebrar tratados é atribuída aos Estados soberanos e às organizações internacionais. Os agentes signatários devem estar habilitados pela carta de plenos poderes, ou seja, uma autorização formal que possibilita ao plenipotenciário negociar e concluir o tratado. O objeto do tratado deve ser lícito e possível, caso contrário será considerado nulo. Dessa forma, o acordado entre as partes não pode conflitar com uma norma imperativa do direito internacional, definida pela Convenção de Viena como “uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza”. Por fim, o consentimento das partes deve ser expresso sem vícios.

Os efeitos gerados pelos tratados internacionais estão limitados às partes contratantes, não podendo gerar direitos e obrigações para um terceiro Estado, sem o seu consentimento. Dessa forma, fica ressalvada a possibilidade de um tratado se impor a um terceiro Estado mediante seu consentimento, conforme dispõem os artigos 35 e 36 da Convenção de Viena.

⁴ REZEK, J. F. Direito Internacional Público: Curso Elementar. São Paulo, 2002. p. 14.

⁵ REZEK, J. F. Direito Internacional Público: Curso Elementar. São Paulo, 2002. p. 16.

A aplicação dos tratados internacionais deve ser de boa-fé, com fundamento na norma "*pacta sunt servanda*", ou seja, os pactos têm de ser cumpridos. A Convenção de Viena, em seu artigo 27, dispõe ainda, que "uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado", ressalvando a possibilidade expressa no artigo 46: "a não ser que essa violação fosse manifesta e dissesse respeito a uma norma de seu direito interno de importância fundamental".

Os tratados internacionais podem ser extintos por vontade comum de todas as partes contratantes. Alguns tratados podem dispor, em seu próprio texto, sobre a possibilidade de extinção pelo voto da maioria de suas partes. Entretanto, na ausência de disposição, todas as partes devem manifestar sua vontade pela extinção do tratado.

O tratado pode estipular uma condição resolutiva de cunho temporal, determinando seu prazo de vigência, ante a existência de um termo final. Pode, ainda, prever uma condição resolutiva referente a um acontecimento futuro e incerto para sua extinção.

A extinção de um tratado, quando prevista em seu texto convencional, pode se dar após a execução integral do objeto pactuado. Outra hipótese é a extinção de um tratado por outro posterior que reúna exatamente as mesmas partes.

O ato unilateral pelo qual uma das partes pactuantes manifesta a vontade de não mais participar do acordo internacional é chamado denúncia. Nos tratados bilaterais, a denúncia por uma das partes ocasiona sua extinção. Nos tratados multilaterais, por sua vez, apenas se extinguem os efeitos do acordo para o Estado que o denuncia, continuando sua vigência para as demais partes.

3.2. INCORPORAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Quanto ao processo de formação dos tratados, a sistemática relativa ao exercício do poder de celebrar tratados é deixada a critério de cada Estado. As fases de elaboração dos tratados, no Brasil, são: negociação, assinatura, ratificação, promulgação, publicação e registro.

A negociação, fase inicial da formação de um tratado, é de competência do Poder Executivo, e resulta na elaboração de um texto escrito. A assinatura é um

aceite precário e provisório, visto que não propaga efeitos jurídicos vinculantes, indicando apenas que o tratado é autêntico e definitivo.

Após a assinatura pelo Executivo, o tratado segue para apreciação e aprovação do Poder Legislativo. Se Aprovado, retorna ao Executivo para a ratificação, ou seja, a confirmação formal e o aceite definitivo do Estado, pois se trata de um ato jurídico que propaga seus efeitos no âmbito internacional.

A Constituição Federal do Brasil de 1988, em seu art. 84, inciso VIII, estabelece que a celebração de tratados, convenções e atos internacionais é da competência privativa do Presidente da República. Em seguida, o Presidente remete o tratado para a apreciação do Congresso Nacional, a quem cabe resolver definitivamente sobre a sua aprovação (art. 49, I da Constituição). Uma vez aprovado, por meio de Decreto Legislativo, o ato internacional volta ao Executivo, para a ratificação. Portanto, os tratados internacionais exigem, para seu aperfeiçoamento, um ato complexo, onde se somam a vontade do Presidente da República, que os celebra, e a do Congresso Nacional, que os aprova, mediante decreto legislativo.

A ratificação é ato privativo e discricionário do Presidente da República, através qual se confirma às demais partes, definitivamente, a determinação do Estado em cumprir o tratado. O depósito do instrumento de ratificação formaliza o início da exigibilidade do que foi pactuado. O Estado depositário é, normalmente, onde se celebrou a conferência.

Para aperfeiçoar o ato e iniciar sua vigência no território nacional, o Presidente da República firma um decreto de promulgação. É a publicação desse decreto que indica a data do início de sua vigência no território nacional.

Com exceção dos tratados de direitos humanos, não há qualquer dispositivo constitucional que faça menção expressa a qualquer das correntes, seja à monista, seja à dualista. Por isso a questão da relação entre o direito internacional e interno, permanece controvertida, não respondendo a sistemática de incorporação dos tratados, ou seja, se a Constituição Federal de 1988 adotou a incorporação automática ou não-automática.

Tendo em vista que para os monistas o direito internacional e interno compõem uma mesma e única ordem jurídica, então, conseqüentemente, o ato de ratificação do tratado, por si só, irradia efeitos jurídicos, concomitantemente, nos planos internacional e interno, ou seja, o tratado ratificado obriga em ambos os

planos. Já para os dualistas, o direito internacional e interno constituem ordens separadas, incomunicáveis e distintas. Dessa forma, a ratificação só irradia efeitos no plano internacional, sendo necessária a edição de ato jurídico interno para que o tratado passe a irradiar efeitos no Direito interno. Conclui-se, portanto, que, na corrente monista a incorporação dos tratados no plano interno é automática, enquanto que na corrente dualista a incorporação não é automática.

Segundo Flávia Piovesan, a doutrina predominante, ante a lacuna constitucional, tem entendido que o Brasil adota a corrente dualista, fazendo-se necessária, para que o tratado ratificado produza efeitos no ordenamento jurídico interno, a edição de um ato normativo nacional, o qual, no caso brasileiro, tem sido um decreto de execução, expedido pelo Presidente da República, visando conferir execução e cumprimento ao tratado ratificado no âmbito interno.⁶

Entretanto sustenta que, embora esta seja a doutrina predominante, tal interpretação não se estende aos tratados de direitos humanos que, por força do art. 5º, § 1º, têm aplicação imediata. A doutrinadora defende, portanto, que a Constituição adota um sistema jurídico misto, uma vez que acolhe a sistemática de incorporação automática para os tratados de direitos humanos, ao passo que acolhe a sistemática da incorporação não-automática para os tratados tradicionais.

Para Pedro B. A. Dallari é necessário diferenciar as noções de vigência internacional do tratado, vigência do tratado para o Brasil e vigência do tratado no âmbito do sistema jurídico brasileiro, as quais que não se confundem, pois exigem, para sua efetivação, o atendimento de diferentes condições.⁷

A vigência do tratado no plano internacional resulta do atendimento de exigências imprescindíveis, fixadas no seu próprio corpo, as quais, em geral, expressam-se na forma de consumação de um número mínimo de ratificações ou adesões e de decurso do prazo previamente especificado, a ser contado a partir do momento em que esse patamar obrigatório é atingido.

Já a vigência do tratado para o Brasil é resultado da prática do ato de ratificação ou adesão e terá início a partir de sua formalização ou do decurso de prazo a ser contado a partir dessa formalização, conforme o disposto no texto convencional internacional. O tratado só entra em vigor para o Estado brasileiro se já

⁶ GOMES, Luiz Flávio e PIOVESAN, Flávia (Coord.). O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro. São Paulo, 2000. pp. 158-159.

⁷ DALLARI, Pedro B. A. Constituição e Tratados Internacionais. São Paulo, 2003. pp. 98-99.

estiver em vigor internacionalmente. Dessa forma, caso não iniciada a vigência internacional quando da efetivação do ato – irretratável – de ratificação ou adesão do Presidente da República a exigibilidade da observância das normas pactuadas fica em suspenso.

Por fim, a vigência do tratado na ordem jurídica brasileira tem como requisitos preliminares a vigência internacional da norma convencional e a sua vigência para o Brasil (decorrente da promoção do ato de ratificação ou adesão), sendo necessário, contudo, dar publicidade ao aceite do vínculo obrigacional no âmbito internacional, bem como à vigência do tratado para o País e ao respectivo conteúdo normativo. O entendimento de que a publicação, via *Diário Oficial da União*, do decreto de promulgação do tratado internacional editado pelo Presidente da República, é o modo mais hábil para assinalar o início da vigência do texto convencional no direito interno, parece ser pacífico no Brasil. Conseqüentemente, a ausência da publicação não exime o Estado brasileiro da responsabilidade internacional com relação ao tratado por ele ratificado, mas impossibilita a exigibilidade de suas normas no plano interno.

3.3. HIERARQUIA NO DIREITO BRASILEIRO

Após a incorporação das normas internacionais no ordenamento jurídico nacional discute-se a sua superioridade ou equiparação com relação à norma interna.

A jurisprudência brasileira, ao longo de anos de debates, firmou o entendimento de que o tratado, uma vez formalizado, integra o ordenamento jurídico no patamar de lei, ou seja, situa-se no mesmo plano de validade e eficácia das normas infraconstitucionais. O Recurso Extraordinário 80.004, julgado em 1977 pelo Supremo Tribunal Federal, ocupando lugar de destaque em nosso direito, consagrou a tese da paridade dos tratados internacionais com a lei federal, apresentando a mesma hierarquia jurídica. Por conseqüência, concluiu ser aplicável o princípio de que a norma posterior revoga a norma anterior com ela incompatível. Dessa forma, o tratado incorporado à ordem jurídica interna tem força de lei ordinária, podendo revogar as disposições contrárias ou ser revogado por lei posterior.

Diante do posicionamento do STF, a doutrina dominante afirma a consagração da teoria do monismo moderado. Entretanto, para Nádya de Araújo:

A opinião dominante de que o Brasil é filiado à corrente do monismo moderado deve ser sepultada em face do pronunciamento do STF. Este, na verdade, em nada modificou o sistema já existente, apenas interpretando a jurisprudência anterior sob novas luzes. A incorporação dos tratados ao sistema interno brasileiro, equiparando-o à lei interna, transforma-os em uma lei nacional e extingue o conflito próprio da teoria monista. A regra vigente de revogação de lei anterior pela lei posterior é princípio assente no sistema jurídico brasileiro e aplicável ao ordenamento como um todo. Com isso fica claro que os dois sistemas – o interno e a internacional – são separados, pois ocorre, muitas vezes, de o Brasil continuar obrigado internacionalmente por dispositivo de tratado (visto que seu “parceiro” não foi comunicado da modificação) enquanto a legislação interna já o modificou.⁸

Outra crítica decorrente do entendimento firmado após o julgamento do RE 80.004, nas palavras de Flávia Piovesan, se refere à:

...sua indiferença às conseqüências do descumprimento do tratado no plano internacional, na medida em que autoriza o Estado-parte a violar dispositivos da ordem internacional – os quais se comprometeu de boa-fé. Esta posição afronta, ademais, o disposto pelo art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, que determina não poder o Estado-parte invocar posteriormente disposições de direito interno como justificativa para o não-cumprimento de tratado. Tal dispositivo reitera a importância, na esfera internacional, do princípio da boa-fé, pelo qual cabe ao Estado conferir cumprimento às disposições do tratado, com o qual livremente consentiu.⁹

No que se refere à força hierárquica dos tratados, necessário observar que, enquanto os tratados tradicionais equiparam-se às normas infraconstitucionais, os tratados de proteção dos direitos humanos apresentam natureza de norma constitucional.

Conclui-se, portanto, que o direito brasileiro adota um sistema misto para disciplinar os tratados, conjugando regimes jurídicos diferenciados: um aplicável aos tratados de direitos humanos e outro aos tratados tradicionais.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 dispõe sobre a força hierárquica infraconstitucional dos tratados internacionais em seu artigo 102, III, b, que admite o cabimento de recurso extraordinário de decisão que declarar a inconstitucionalidade de tratado.

Por sua vez, no que se refere aos tratados de proteção dos direitos humanos, a Carta Constitucional atribui-lhes hierarquia de norma constitucional por

⁸ ARAÚJO, Nádya de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. Rio de Janeiro, 2006. p. 164.

⁹ GOMES, Luiz Flávio e PIOVESAN, Flávia (Coord.). *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo, 2000. p. 166.

força do art. 5º, §§ 1º e 2º, incluindo-os no rol dos direitos constitucionalmente garantidos, que apresentam aplicabilidade imediata, ao estabelecer que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Dessa forma, a inovação constitucional de 1988 atribuiu aos direitos internacionais uma hierarquia especial e diferenciada – a de norma constitucional – bem como os incluiu dentre os direitos constitucionalmente protegidos.

De acordo com Flávia Piovesan:

Este tratamento jurídico diferenciado se justifica, na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns. Enquanto estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre Estados-partes, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes, tendo em vista que objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados.¹⁰

¹⁰ GOMES, Luiz Flávio e PIOVESAN, Flávia (Coord.). O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro. São Paulo, 2000. p. 162.

4. TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

4.1. PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O Direito Internacional dos Direitos Humanos tem como precedentes o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho, institutos que “se assemelham na medida em que projetam o tema dos direitos humanos na ordem internacional.”¹¹

O Direito Humanitário é aplicável nas situações de conflitos armados entre os Estados. Foi criado no século XIX objetivando assegurar, nos casos de guerra, o cumprimento dos direitos fundamentais, protegendo os militares fora de combate e a população civil. Nas palavras de Flávia Piovesan, “o Direito Humanitário foi a primeira expressão de que, no plano internacional, há limites à liberdade e à autonomia dos Estados”, tendo em vista que “impõe a regulamentação jurídica do emprego da violência no âmbito internacional.”¹²

A Liga das Nações, criada após a Primeira Guerra Mundial, tinha a finalidade de “promover a cooperação, paz e segurança internacional, condenando agressões externas contra a integridade territorial e independência política dos seus membros.”

13

A Organização Internacional do Trabalho foi criada após a Primeira Guerra Mundial com o objetivo de assegurar proteção ao trabalhador, visando fixar padrões internacionais de trabalho e bem estar social.

O surgimento dessas instituições põe fim a uma época em que o Direito Internacional se limitava a, simplesmente, regular as relações entre os Estados. Por meio deles, “não mais se visava proteger arranjos e concessões recíprocas entre os Estados”, mas sim “ao alcance de obrigações internacionais a serem garantidas ou implementadas coletivamente que, por sua natureza, transcendiam os interesses exclusivos dos Estados contratantes.”¹⁴

¹¹ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo, 2006. p. 112.

¹² PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo, 2006. p. 110.

¹³ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo, 2006. p. 110.

¹⁴ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo, 2006. p. 113.

Esses institutos redefinem o conceito tradicional do Direito Internacional, que o concebia “apenas como a lei da comunidade internacional dos Estados e que sustentava ser o Estado o único sujeito de Direito Internacional”. Dessa forma, afastou-se o tradicional conceito de soberania estatal absoluta, admitindo-se intervenções no plano nacional, e redefiniu-se a posição do indivíduo no cenário internacional, agora como sujeito de Direito Internacional.

A consolidação efetiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos, entretanto, se dá somente no século XX, a partir da Segunda Guerra Mundial, em decorrência das atrocidades cometidas na era Hitler. As inúmeras violações dos direitos humanos despertaram a comunidade internacional para a necessidade de criação de uma sistemática normativa, a fim de proteger tais direitos.

Essa necessidade de proteção efetiva dos direitos humanos obrigou os Estados a construir toda uma normatividade internacional e o tema deixou de ser uma questão reservada de um Estado e tornou-se uma preocupação de interesse comum de todos os Estados.

A soberania estatal ilimitada sofreu um drástico abalo decorrente dessa nova sistemática internacional de proteção dos direitos humanos, o que tornou possível a responsabilização do Estado, no plano internacional, quando as instituições internas falharem nessa tarefa. Dessa forma, há uma limitação da soberania do Estado em face dessa proteção.

Para Flávia Piovesan, a “barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do Direito. Diante dessa ruptura, emerge a necessidade de reconstruir os direitos humanos, como referencial e paradigma ético que aproxime o direito da moral.”¹⁵

O fator que mais contribuiu para a internacionalização dos direitos humanos após a Segunda Guerra Mundial foi a expansão de organizações internacionais com o objetivo de cooperação internacional. “A criação das Nações Unidas, com suas agências especializadas, demarca o surgimento de uma nova ordem internacional, que instaura um novo modelo de conduta nas relações internacionais.”¹⁶

¹⁵ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo, 2006. p. 116.

¹⁶ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo, 2006. p. 124.

A primeira ação concreta se deu quando, em 1945, vinte e um países da América reuniram-se em Chapultepec, no México, para a elaboração de uma Carta dos Direitos do Homem. Apesar dos esforços de alguns grupos, não foi possível anexar uma declaração de direitos a essa Carta, mas foi após sua elaboração que a ONU fixou como um de seus principais objetivos a defesa dos direitos humanos e sua promoção a nível internacional.

“A Carta das Nações Unidas de 1945 consolida, assim, o movimento de internacionalização dos direitos humanos, a partir do consenso de Estados que elevam a promoção desses direitos a propósito e finalidade das Nações Unidas.”¹⁷ Entretanto, ela não define o conteúdo das expressões direitos humanos e liberdades fundamentais, deixando-as em aberto, ou seja, não define o alcance e o significado dessas expressões.

Era necessário, portanto, redigir um documento capaz de sistematizar o conteúdo da referida carta. Esse documento, aprovado pela Assembléia Geral das Nações Unidas, no dia 10 de dezembro de 1948, denomina-se Declaração Universal dos Direitos do Homem.

“A Declaração Universal de 1948 objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores básicos universais.”¹⁸ Toda pessoa é titular de direitos iguais e inalienáveis, sendo, portanto, a condição de pessoa o único requisito para a titularidade de direitos. Os direitos humanos passam a se caracterizar pela universalidade, em oposição ao nazismo, que condicionava a titularidade de direitos à raça ariana.

Outra característica dos direitos humanos adquirida com a Declaração de 1948, conforme ensina Flávia Piovesan, é a indivisibilidade, tendo em vista a unidade dos direitos civis e políticos com os direitos econômicos, sociais e culturais, combinando, dessa forma, “o discurso liberal e o discurso social da cidadania, conjugando o valor da liberdade com o valor da igualdade.”¹⁹ Ao conjugarem-se tais valores, “a Declaração demarca a concepção contemporânea de direitos humanos,

¹⁷ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo, 2006. pp. 127-128.

¹⁸ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo, 2006. p. 131.

¹⁹ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo, 2006. p. 131.

pela qual esses direitos passam a ser concebidos como uma unidade interdependente e indivisível.”²⁰

Para Flávia Piovesan, “a Declaração Universal de 1948, ainda que não assuma a forma de tratado internacional, apresenta força jurídica obrigatória e vinculante, na medida em que constitui a interpretação autorizada da expressão ‘direitos humanos’, constante dos arts. 1º (3) e 55 da Carta das Nações Unidas.”²¹

A Declaração Universal dos Direitos Humanos é “um dos mais influentes instrumentos jurídicos e políticos do século XX”²² e “demarca a concepção contemporânea dos direitos humanos.”²³

Com o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, iniciou-se um processo de “juridicização”²⁴ da Declaração de 1948 por meio da elaboração de tratados internacionais. Constituiu-se, assim, o sistema global de proteção desses direitos, tanto no âmbito geral – destinado a toda e qualquer pessoa, em face de seu caráter abstrato e genérico – quanto no especial – decorrente de determinadas e específicas violações de direitos.

Ao lado desse sistema global de proteção, formado por instrumentos de alcance geral, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, e de alcance específico, como a Convenção sobre os Direitos da Criança, surge o sistema regional de proteção, integrado pelos sistemas europeu, interamericano e africano.

Esses diversos sistemas de proteção dos direitos humanos se complementam e interagem em benefício do indivíduo que sofreu violação de seus direitos.

Foi com o fim da Guerra Fria, entretanto, que os direitos humanos realmente passaram a ser concebidos como tema global, uma vez que a rivalidade entre o comunismo e o capitalismo escondia as violações dos direitos humanos internacionalmente detectadas.

²⁰ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo, 2006. p. 134.

²¹ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo, 2006. p. 140.

²² PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo, 2006. p. 140.

²³ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo, 2006. p. 137.

²⁴ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo, 2006. p. 152.

Vale dizer, se o fim da Segunda Guerra Mundial significou a primeira revolução no processo de internacionalização dos direitos humanos, impulsionando a criação de órgãos de monitoramento internacional, bem como a elaboração de tratados de proteção dos direitos humanos – que compõem os sistemas global e regional de proteção –, o fim da Guerra Fria significou a segunda revolução no processo de internacionalização dos direitos humanos, a partir da consolidação e reafirmação dos direitos humanos como tema global.²⁵

4.2 TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

4.2.1 Direitos Humanos no Brasil Pós 1988

A luta pela normalização democrática e pela conquista do Estado Democrático de Direito teve início logo após o golpe de 1964, especialmente após o AI 5, tomou as ruas a partir da eleição dos Governadores em 1982 e se intensificou no início de 1984, com o comparecimento das multidões aos comícios em prol da eleição direta do Presidente da República.

Candidato à Presidência da República pela via indireta, Tancredo Neves lança as bases da Nova República, democrática e social, e que haveria de concretizar-se pela Constituição a ser elaborada pela Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana. Nomearia, também, uma Comissão de Estudos Constitucionais que elaboraria estudos e anteprojeto de Constituição como colaboração à Constituinte.

Tancredo Neves foi eleito em 15 de janeiro de 1985, contando com o apoio popular para colocar em prática seu programa de construção da Nova República, considerada o início de um novo período na história das instituições políticas brasileiras.

Com a morte de Tancredo Neves antes de assumir a presidência, quem assume é seu vice, José Sarney, que, apesar de sempre ter feito parte das forças autoritárias e retrógradas, deu continuidade às promessas feitas, nomeando a Comissão de Estudos Constitucionais e, posteriormente, convocando a Assembléia Nacional Constituinte.

²⁵ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo, 2006. p. 258.

Nas palavras de José Afonso da Silva, é necessário “reconhecer que a Constituição por ele produzida constitui um texto razoavelmente avançado. É um texto moderno, com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro e até mundial.”²⁶

“É a *Constituição Cidadã*, na expressão de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembléia Nacional Constituinte que a produziu, porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania.”²⁷

A Constituição Federal de 1988, portanto, demarca o processo de democratização do Brasil, iniciado a partir de 1985, após vinte e um anos de regime militar ditatorial. Marco jurídico dessa transição ao regime político democrático, a Carta de 1988 é uma das mais avançadas do mundo no que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais, face à significativa ampliação do rol desses direitos.

Tendo em vista que toda Constituição privilegia certos valores sociais, que lhe conferem unidade, a Carta de 1988 elegeu a dignidade da pessoa humana como valor essencial, elevando-a a princípio fundamental. Constata-se, portanto, que “o valor da dignidade da pessoa humana, bem como o valor dos direitos e garantias fundamentais, vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.”²⁸

A Constituição Cidadã, como foi denominada, enfatiza o valor dos direitos fundamentais, dispondo-os nos primeiros títulos e deixando a organização do Estado para depois, invertendo a ordem estabelecida na Constituição anterior, de 1967 e instituindo “uma nova topografia constitucional.”²⁹

Além da inovação, ao ampliar a dimensão dos direitos e garantias mediante a inclusão dos direitos sociais ao lado dos direitos civis e políticos, a Carta de 1988, eleva-os, ainda, à cláusula pétrea, não podendo ser abolidos por meio de emenda, nos termos do artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, demonstrando-se, novamente, a priorização os direitos e as garantias fundamentais.

²⁶ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo, 1995. p. 90.

²⁷ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo, 1995. p. 91.

²⁸ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo, 2006. p. 33.

²⁹ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo, 2006. p. 33.

“Atente-se ainda que, no intuito de reforçar a imperatividade das normas que traduzem direitos e garantias fundamentais, a Constituição de 1988 institui o princípio da aplicabilidade imediata dessas normas, nos termos do art. 5º, § 1º, isto é, “cabe aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito definidor de direito e garantia fundamental”, objetivando “tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.”³⁰

A Constituição de 1988, é a primeira do país “a elencar o princípio da prevalência dos direitos humanos, como princípio fundamental a reger o Estado brasileiro nas relações internacionais”, bem como “a consagrar um universo de princípios a guiar o Brasil no cenário internacional, fixando valores a orientar a agenda internacional do Brasil.”³¹ Dispõe, dessa forma:

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.

Ao longo desse processo de democratização, o Brasil passou a aderir a importantes instrumentos internacionais destinados à proteção dos direitos humanos e tem adotado medidas importantes em favor de sua incorporação no direito interno.

Esse processo de incorporação teve início com a ratificação da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, em 1984. A partir de então, inúmeros tratados internacionais de direitos humanos foram ratificados pelo Brasil.

³⁰ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo, 2006. pp. 35-36.

³¹ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo, 2006. p. 37.

4.2.2 Hierarquia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos em face da Constituição Federal de 1988

Ao dispor, em seu artigo 5º, parágrafo 2º, que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, a Carta Constitucional de 1988 confere aos direitos internacionais a natureza de norma constitucional, uma vez que os inclui no elenco dos direitos constitucionalmente protegidos.

A partir desse dispositivo, os direitos e as garantias constitucionais foram classificados em três grupos: o dos direitos expressos na Constituição, o dos direitos expressos nos tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte e o dos direitos implícitos (decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição e os subentendidos nas regras de garantias).

A natureza especial conferida aos tratados de direitos humanos pela Constituição Federal justifica a hierarquia diferenciada em relação aos demais tratados internacionais. Nos dizeres de Flávia Piovesan, “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 sua racionalidade e principiologia”. Insiste, ainda, “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, atribuindo-lhes natureza de norma constitucional.”³²

Necessário acrescentar, entretanto, a existência de outras três concepções acerca da hierarquia dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico nacional. Dessa forma, há quatro correntes que sustentam, respectivamente: a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos; a hierarquia supraconstitucional; a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal e a paridade hierárquica entre o tratado e a lei federal.

³² PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo, 2006. pp. 64-65.

Parte da doutrina defende a supremacia do direito internacional em relação ao direito interno, caracterizando a hierarquia supraconstitucional dos tratados que versam sobre direitos humanos.

Outra corrente doutrinária defende a hierarquia infraconstitucional dos tratados de direitos humanos, tendo em vista que não admite a prevalência de qualquer convenção internacional sobre a Constituição, defendendo, entretanto, seu caráter supralegal, para dar aplicação direta às suas normas.

Por fim, o entendimento de que os tratados internacionais têm status de lei federal foi firmado pelo Supremo Tribunal Federal em 1977, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004. Concluiu-se, conseqüentemente, pela aplicação do princípio “lei posterior revoga lei anterior com ela incompatível”. Essa tese, firmada antes da Constituição Federal de 1988 foi reiterada em novembro de 1995, no julgamento do *habeas corpus* 72.131-RJ, referente à prisão civil do depositário infiel, proibida pelo Pacto de São José da Costa Rica, mas autorizada pela Constituição Brasileira.

Entretanto, recentes julgados indicam uma mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal, em relação ao tema. Nesse sentido:

EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depositário judicial infiel. Inadmissibilidade reconhecida pela maioria em julgamentos pendentes do RE nº 466.343 e outros, no Plenário. Razoabilidade jurídica da pretensão. Liberdade deferida de ofício, em habeas corpus contra acórdão de Turma, até a conclusão daqueles. Caso excepcional. Defere-se, de ofício, liminar em habeas corpus contra acórdão que, de Turma do Supremo, não reconheceu constrangimento ilegal em decreto de prisão da paciente, a título de infidelidade como depositária judicial.

(HC-QO 94307/RS. Relator: Min. CEZAR PELUSO. Julgamento: 14/04/2008. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe 23-05-2008)

E ainda:

EMENTA: Habeas Corpus. 1. No caso concreto foi ajuizada ação de execução sob o nº 612/2000 perante a 3ª Vara Cível de Santa Bárbara D'Oeste/SP em face do paciente. A credora requereu a entrega total dos bens sob pena de prisão. 2. A defesa alega a existência de constrangimento ilegal em face da iminência de expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente. Ademais, a inicial sustenta a ilegitimidade constitucional da prisão civil por dívida. 3. **Reiterados alguns dos argumentos expendidos em meu voto, proferido em sessão do Plenário de 22.11.2006, no RE nº 466.343/SP: a legitimidade da prisão civil do depositário infiel, ressalvada a hipótese excepcional do devedor de alimentos, está em plena discussão no Plenário deste Supremo Tribunal Federal. No julgamento do RE nº 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, que se iniciou na sessão de 22.11.2006, esta Corte,**

por maioria que já conta com sete votos, acenou para a possibilidade do reconhecimento da inconstitucionalidade da prisão civil do alienante fiduciário e do depositário infiel. 4. Superação da Súmula nº 691/STF em face da configuração de patente constrangimento ilegal, com deferimento do pedido de medida liminar, em ordem a assegurar, ao paciente, o direito de permanecer em liberdade até a apreciação do mérito do HC nº 68.584/SP pelo Superior Tribunal de Justiça. 5. Considerada a plausibilidade da orientação que está a se firmar perante o Plenário deste STF - a qual já conta com 7 votos - ordem deferida para que sejam mantidos os efeitos da medida liminar.

(HC 90172/SP. Relator: Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 05/06/2007. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe 17-08-2007 – DJ 17-08-2007)

(sem grifos no original)

Ainda em trâmite, o Recurso Extraordinário nº 466.343/SP já é referência para inúmeros julgados. O Ministro Gilmar Mendes em seu voto, afirma que “o espírito desta Corte, hoje, mais do que nunca, está preparado para essa atualização jurisprudencial”. Sobre os tratados de direitos humanos, diz que “a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional”, sendo necessário “assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano”. E conclui dizendo que “diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante”.

A Emenda Constitucional nº 45/2004, na tentativa de solucionar a polêmica, introduziu o parágrafo 3º em seu artigo 5º, dispondo que “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”.

Para Flávia Piovesan, “acredita-se que o novo dispositivo do art. 5º § 3º, vem a reconhecer de modo explícito a natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos.”³³

³³ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo, 2006. p. 73.

A introdução desse novo dispositivo, entretanto, acabou por gerar mais controvérsias, dentre as quais, uma das mais importantes se refere aos tratados internacionais ratificados antes da Emenda Constitucional.

Parte da doutrina sustenta que os atos anteriores à Emenda Constitucional 45/2004 permaneceriam com o *status* de lei ordinária. Essa opinião é defendida pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto no Recurso Extraordinário nº 466.343/SP: “trata-se de uma declaração eloqüente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais”.

Ao defender posição contrária, Flávia Piovesan observa que os tratados de direitos humanos anteriormente ratificados “contaram com ampla maioria na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, excedendo, inclusive, o *quorum* dos três quintos dos membros em cada Casa”, ressaltando, contudo, que “não foram aprovados por dois turnos de votação, mas em um único turno de votação em cada Casa, uma vez que o procedimento de dois turnos não era tampouco previsto”. Reitera, ainda, que, “por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do *quorum* de sua aprovação, são materialmente constitucionais”, bem como que o “*quorum* qualificado está tão-somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a ‘constitucionalização formal’ dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno.”³⁴

Merece destaque o voto do Ministro Celso de Mello, quando do julgamento do HC 87.585-8, referente à prisão civil do depositário infiel, no qual enfrenta o tema do impacto do artigo 5º, § 3º da Constituição Federal e da necessidade de atualização jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, bem como reavalia seu posicionamento acerca da hierarquia dos tratados de direitos humanos. Nesse sentido, advertiu o Ministro que:

“o Poder Judiciário constitui o instrumento concretizador das liberdades constitucionais e dos direitos fundamentais assegurados pelos tratados e convenções internacionais subscritos pelo Brasil. Essa alta missão, que foi confiada aos juízes e Tribunais, qualifica-se como uma das mais expressivas funções políticas do Poder Judiciário. (...) É dever dos órgãos

³⁴ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo, 2006. p. 72.

do Poder Público – e notadamente dos juízes e Tribunais – respeitar e promover a efetivação dos direitos humanos garantidos pelas Constituições dos Estados nacionais e assegurados pelas declarações internacionais, em ordem a permitir a prática de um constitucionalismo democrático aberto ao processo de crescente internacionalização dos direitos básicos da pessoa humana".³⁵

E ainda:

"Após longa reflexão sobre o tema, (...), julguei necessário reavaliar certas formulações e premissas teóricas que me conduziram a conferir aos tratados internacionais em geral (qualquer que fosse a matéria neles veiculadas), posição juridicamente equivalente à das leis ordinárias. As razões invocadas neste julgamento, no entanto, convencem-me da necessidade de se distinguir, para efeito de definição de sua posição hierárquica em face do ordenamento positivo interno, entre as convenções internacionais sobre direitos humanos (revestidas de "supralegalidade", como sustenta o eminente Ministro Gilmar Mendes, ou impregnadas de natureza constitucional, como me inclino a reconhecer) e tratados internacionais sobre as demais matérias (compreendidos estes numa estrita perspectiva de paridade normativa com as leis ordinárias). (...) Tenho para mim que uma abordagem hermenêutica fundada em premissas axiológicas que dão significativo realce e expressão ao valor ético-jurídico -- constitucionalmente consagrado (CF, art.4o, II) -- da "prevalência dos direitos humanos" permitirá, a esta Suprema Corte, rever a sua posição jurisprudencial quanto ao relevantíssimo papel, à influência e à eficácia (derrogatória e inibitória) das convenções internacionais sobre direitos humanos no plano doméstico e infraconstitucional do ordenamento positivo do Estado brasileiro. (...) Em decorrência dessa reforma constitucional, e ressalvadas as hipóteses a ela anteriores (considerado, quanto a estas, o disposto no parágrafo 2o do art.5o da Constituição), tornou-se possível, agora, atribuir, formal e materialmente, às convenções internacionais sobre direitos humanos, hierarquia jurídico-constitucional, desde que observado, quanto ao processo de incorporação de tais convenções, o "iter" procedimental concernente ao rito de apreciação e de aprovação das propostas de Emenda à Constituição, consoante prescreve o parágrafo 3o do art.5o da Constituição (...). É preciso ressaltar, no entanto, como precedentemente já enfatizado, as convenções internacionais de direitos humanos celebradas antes do advento da EC n.45/2004, pois, quanto a elas, incide o parágrafo 2o do art.5o da Constituição, que lhes confere natureza materialmente constitucional, promovendo sua integração e fazendo com que se subsumam à noção mesma de bloco de constitucionalidade".³⁶

³⁵ PIOVESAN, Flávia. **Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF**. Disponível em <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/Artigos/00000034-001_FlaviaPioveasn.pdf> Acesso em: 03 novembro 2008.

³⁶ PIOVESAN, Flávia. **Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF**. Disponível em <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/Artigos/00000034-001_FlaviaPioveasn.pdf> Acesso em: 03 novembro 2008.

Ao Supremo Tribunal Federal compete, portanto, a reafirmação de sua vocação de guardião da Constituição, rompendo definitivamente com a jurisprudência referente à legalidade ordinária dos tratados de direitos humanos e, partindo de uma interpretação evolutiva, avançar na defesa da força normativa constitucional destes tratados, conferindo máxima efetividade aos direitos fundamentais.³⁷

³⁷ PIOVESAN, Flávia. **Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF.** Disponível em <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/Artigos/00000034-001_FlaviaPioveasn.pdf> Acesso em: 03 novembro 2008.

5. FEDERALIZAÇÃO DOS CRIMES DE DIREITOS HUMANOS

5.1 REFORMA DO JUDICIÁRIO

Após vários anos de tramitação, ouvindo a opinião de diversos setores da comunidade, a Reforma do Judiciário (Emenda Constitucional 45/2004) foi promulgada, alterando profundamente a estrutura do Poder Judiciário. O longo período de discussões revela a complexidade dos temas e a polêmica gerada.

O principal objetivo de tantas inovações era assegurar a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação, agora explicitados no artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal.

A aprovação da reforma representa uma importante vitória para o país, criando condições reais para que o Poder Judiciário seja capaz de atender à demanda social por mais e melhores serviços jurisdicionais.

De fato, estamos no Brasil perante claros momentos de redefinições institucionais, mas também de reconstruções jurídicas e culturais em geral, em cujo centro encontra-se a necessidade de revelar novos paradigmas que sustentem a Justiça como valor social, a transparência como marca da atuação dos órgãos estatais, a agilidade, prontidão, eficácia e efetividade da ação judiciária e a própria concepção e aplicação do direito como elaboração coletiva.³⁸

Um tema relevante e que gerou muitas discussões e polêmica foi a federalização dos crimes de direitos humanos. A partir da promulgação da Reforma, os crimes contra os direitos humanos poderão ser julgados pela Justiça Federal caso haja manifestação por parte do procurador-geral da República junto ao Superior Tribunal de Justiça.

³⁸ TAVARES, André Ramos, LENZA Pedro e ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). Reforma do Judiciário. São Paulo, 2005. p. 28.

5.2 INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA PARA A JUSTIÇA FEDERAL

5.2.1 Histórico

As organizações de defesa da pessoa humana há muito tempo lutam pela instituição da federalização dos crimes contra os direitos humanos no Brasil. Fatores que contribuíram para a defesa do instituto, o aumento da violência e a impunidade dos infratores ganharam notoriedade internacional em casos como o de Eldorado dos Carajás, Vigário Geral, Carandiru, Xapuri e Candelária.

Como resultado dessa luta, a proposta da federalização desses crimes foi incluída, inicialmente, como meta do Plano Nacional de Direitos Humanos, de 1996. A sua materialização, no âmbito legislativo, se deu com a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 368/96, apensada, posteriormente à PEC 96/92, que, mais tarde, ao ser apreciada pelo Senado Federal, recebeu o nº 29/00. Por fim, converteu-se na Emenda Constitucional 45/2004.

A Reforma do Judiciário, portanto, acrescentou um novo parágrafo ao artigo 109 da Constituição Federal, estabelecendo que aos juízes federais também compete processar e julgar as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º do referido artigo. Tal parágrafo dispõe:

§ 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

Cumprir observar que a redação do dispositivo acima impõe certos pressupostos para que se possa requerer o deslocamento de competência da esfera estadual para a esfera federal. Primeiramente o texto fala em grave violação de direitos humanos e, após, faz referência à finalidade de garantir o cumprimento, pelo Brasil, dos tratados de direitos humanos dos quais seja parte.

Entretanto, não estabelece claras hipóteses de incidência e, para tanto, a proposta de federalização, nos dizeres de Flávia Piovesan, “exigirá a elucidação de seus próprios requisitos de admissibilidade”. Afirma, ainda, a doutrinadora que “a

prática permitirá que tais vazios, lacunas e questões em aberto sejam, gradativamente, preenchidos.”³⁹

Outra imposição do dispositivo em questão, muito criticada pela doutrina, é a legitimidade exclusiva do Procurador-Geral da República para suscitá-lo. O texto original previa que o deslocamento de competência também poderia ser suscitado por órgão federal de defesa dos direitos humanos. “É de rigor, aqui, que se democratize o acesso ao pedido de deslocamento a outros relevantes atores sociais.”⁴⁰

Durante o período de discussão e votação do projeto no Congresso Nacional, diferentes entidades apresentaram suas sugestões, críticas e questionamentos.

Tema controvertido, o incidente de deslocamento de competência (IDC) gerou a propositura das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3.486 e nº 3.493, respectivamente pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (ANAMAGES), ainda em trâmite. Cumpre observar que, durante a tramitação da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 29/00, a AMB já havia sugerido a supressão desse instituto do texto original e, alternativamente, tentou modificá-lo para que sua instauração se restringisse à fase pré-processual.

Por outro lado, inúmeras organizações não-governamentais de direitos humanos e entidades como a Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE) e a Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR), são favoráveis ao incidente de deslocamento.

Cumpre observar que o deslocamento de competência nas hipóteses de grave violação de direitos humanos no Brasil já foi analisado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH. O caso da morte do adolescente Lázinho Brambilla da Silva, morto em uma tentativa de fuga da antiga FEBEM, foi levado à CIDH por considerar que ocorreram falhas na atuação do Estado de São Paulo nas investigações.

³⁹ TAVARES, André Ramos, LENZA Pedro e ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). Reforma do Judiciário. São Paulo, 2005. p. 81.

⁴⁰ TAVARES, André Ramos, LENZA Pedro e ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). Reforma do Judiciário. São Paulo, 2005. p. 81.

Em sua defesa, o Brasil alegou a falta de uma das condições para que o caso fosse aceito no sistema interamericano de proteção aos direitos humanos (o esgotamento dos instrumentos internos), tendo em vista a possibilidade de federalização das graves violações de direitos humanos, instituída pela Emenda Constitucional 45/2004.

A defesa do Estado brasileiro foi afastada pela CIDH que, ao admitir a denúncia, decidiu que a atuação do sistema internacional somente pode ser suspensa se o caso já estiver federalizado, ou seja, se o pedido de federalização feito pelo Procurador Geral da República tiver sido acatado pelo Superior Tribunal de Justiça.

5.2.2 Argumentos Contrários

A corrente contrária ao incidente de deslocamento questiona sua constitucionalidade, o que motivou a propositura das duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade acima mencionadas.

Os principais fundamentos que sustentam essa inconstitucionalidade são: a recriação do instituto da advocatária; a violação do princípio do juiz natural e a criação de tribunal de exceção; a violação do pacto federativo.

O instituto da advocatária, no Brasil, perdurou desde as Ordenações Manuelinas até a promulgação da Constituição Federal de 1988. A principal característica era a possibilidade de um tribunal superior chamar para si o julgamento de processo em andamento nas instâncias inferiores.

A garantia do juiz natural, princípio fundamental da função jurisdicional, conforme ensina Fernando Capez, “foi trazida para o direito brasileiro, desde o início, em seu duplice aspecto”, qual seja, “proibição de juízo ou tribunal de exceção (tribunal *ad hoc*), isto é, criado *ex post facto* para o julgamento de um determinado caso concreto ou pessoa (CF, art. 5º, XXXVII)” e “garantia do juiz competente (CF, art. 5º, LIII), segundo a qual ninguém será subtraído ao seu juiz constitucionalmente competente.”⁴¹

Por fim, sustentam a violação do pacto federativo, cláusula pétrea da Constituição, uma vez que as competências estaduais estariam sendo transferidas para a União.

⁴¹ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. São Paulo, 2007. p. 10.

Outros argumentos para a alegação de inconstitucionalidade da federalização dos crimes de direitos humanos foram suscitados pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), na referida ADIN proposta perante o Supremo Tribunal Federal: violação do princípio da segurança jurídica, pois poderia ser solicitada a qualquer tempo e a utilização de critérios vagos e subjetivos, como a definição de grave violação e direitos humanos, o que fere o princípio da legalidade.

Os argumentos contrários à manutenção do parágrafo 5º do artigo 109 da Constituição Federal encontram-se claramente sintetizados em uma nota oficial elaborada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), em 07 de março de 2005, repudiando o deslocamento da competência estadual para a federal no caso Dorothy Stang:

(1) A "FEDERALIZAÇÃO DOS CRIMES" é inconstitucional por ferir cláusula pétrea do juiz natural, eis que estabelecido por critério subjetivo (conceito de "violação de direitos humanos") (cf. Ministro Celso de Melo, no HC 67.759/RJ).

(2) A "FEDERALIZAÇÃO DOS CRIMES" é inconstitucional por ferir cláusula pétrea do "Pacto Federativo", eis que trata-se de uma "intervenção federal nos Estados" de "forma branca", já que a verdadeira intervenção federal (artigo 36 da CF/88) impede votação de emenda constitucional.

(3) A "FEDERALIZAÇÃO DOS CRIMES" é inconstitucional por criar uma espécie oblíqua de "Chefia do PGR sobre os PGJ's", lembrando que a figura é o retorno com outro rótulo da antiga advocatória, abolida pela legislação, sendo que consagra o Estado unitário ao invés do Estado Federado (aliás, o próprio nome do instituto já mostra o equívoco do assunto), já que não se está "federalizando" e sim unificando tudo para União.

(4) A "FEDERALIZAÇÃO DOS CRIMES" gera "discriminação odiosa" pois desconfia de instituições do Estado-membro (MPE e Justiça Estadual), quando o critério é meramente de competência.

(5) A "FEDERALIZAÇÃO DOS CRIMES" é figura totalmente desnecessária no Estado democrático de Direito, eis que existem instrumentos já consagrados como:

5.1 - "federalização (leia-se - unificação) das investigações" (a Polícia Federal pelo artigo 144, parágrafo primeiro da CF/88 com regulamentação da Lei 10.446/02, artigo 1, III já consagra a atuação da milícia federal em casos de violação de direitos humanos)

5.2 - desaforamento no rito do Júri, onde os jurados sejam suspeitos ou comprometidos (artigo 424 do CPP) ou na Justiça Castrense (artigo 109 do CPPM).

(...)

5.3 - Intervenção federal no Estado-membro, quando a gravidade do assunto comprometer todas autoridades locais/Estadual na omissão de violação de tratados internacionais - artigo 36 da CF/88. Quanto a isto, antes mesmo do massacre de Eldorado de Carajás e da

morte da missionária, o culto PGR à época, Dr. Aristides Junqueira, ajuizou no STF intervenção federal no Pará e o STF negou.
(...)

(6) A "FEDERALIZAÇÃO DOS CRIMES" é inconstitucional por violar a ampla defesa, eis que a mídia, com a federalização, pode provocar o "pré-julgamento" do caso, o que demonstra um aparente "Tribunal de Exceção", já que o juiz natural encontra-se completamente comprometido com um critério subjetivo feito por apenas uma única pessoa.

(7) A "FEDERALIZAÇÃO DOS CRIMES" é inconstitucional pela ausência de contraditório com o Procurador-Geral de Justiça do Estado, que sequer será respeitado como Chefe do MPE, eis que basta o PGR, que não é Chefe do MPE, desejar a suscitação e o STJ concordar que tudo estará comprometido, inclusive "causas cíveis", eis que a CF/88 não fala de "causas criminais", de sorte que pode haver comprometimento político com a medida em total desrespeito a regras objetivas e prévias de competência para evitar Tribunal de Exceção.

(8) A "FEDERALIZAÇÃO DOS CRIMES" é inconstitucional porque resulta na quebra da razoável duração do processo (nova redação do artigo 5º, LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação), eis que cabendo Recurso Extraordinário da "federalização" dos crimes (ou "das causas") pelos advogados do réu ou mesmo pelo PGJ do Estado questionado, o processo demorará até julgamento no órgão competente, podendo, em crimes de penas relativamente médias, ensejar prescrição.

5.2.3 Argumentos Favoráveis

A responsabilidade internacional do Estado em relação ao cumprimento das obrigações em matéria de direitos humanos com as quais se comprometeu é una e indivisível. Na hipótese de violação dessas obrigações, a responsabilidade exclusiva recai sobre a União, não podendo ser afastada sob o argumento da separação dos poderes ou da cláusula federativa.

Contudo, é necessário atentar-se para o fato de que, "paradoxalmente, em face da sistemática vigente, a União, ao mesmo tempo em que detém a responsabilidade internacional, não detém a responsabilidade nacional, já que não dispõe da competência de investigar, processar e punir a violação, pela qual internacionalmente estará convocada a responder". Sendo assim, "se a internacionalização dos direitos humanos permitiu a adoção de *standards* e parâmetros internacionais de proteção dos direitos humanos, o desafio é federalizar tais parâmetros internacionais, a fim de que cada unidade federativa, de igual modo,

orientar-se pelos parâmetros internacionais que celebram o mínimo ético irreduzível em matéria de dignidade humana.”⁴²

Assim, o Brasil não pode se eximir de sua responsabilidade internacional perante a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, alegando que a competência para julgar os crimes é estatal e não da União.

Os argumentos em defesa da federalização dos crimes de direitos humanos, segundo Flávia Piovesan são quatro: assegurar maior proteção à vítima e fortalecer o combate à impunidade; fortalecer e disseminar a responsabilidade internacional em matéria de direitos humanos nos diversos entes federativos – particularmente nos Estados; fortalecer a responsabilidade da União em matéria de direitos humanos no âmbito interno em consonância com sua responsabilidade internacional; aperfeiçoar a sistemática de responsabilidade nacional em face das graves violações dos direitos humanos.⁴³

Quanto à constitucionalidade do incidente de deslocamento de competência, defende a doutrinadora que o instituto encontra-se “em plena harmonia com o sistema constitucional”, visto que “tão-somente institui a responsabilidade subsidiária da União nestes casos”, além de estabelecer “que o incidente de deslocamento será apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, que, por sua vez, nos termos do art. 105, I, g, tem a competência originária entre os entes federativos”. Por fim, indaga que “se a própria ordem constitucional de 1988 permite a drástica hipótese de intervenção federal quando da afronta de direitos humanos (art. 34, VII, b), em prol do bem jurídico a ser tutelado, não por que obstar a possibilidade de deslocamento de competências.”⁴⁴

Refutando os argumentos de que o deslocamento de competência dos crimes de direitos humanos para a Justiça Federal viola o princípio do juiz natural, instituindo tribunais de exceção, cumpre observar que essa competência está preestabelecida na Constituição, prevendo a existência de dois juízes naturais, um que conhecerá do feito desde o início – juiz estadual – e outro juiz em potencial – juiz federal – que poderá ser acionado quando as instituições locais se mostrarem falhas ou omissas. Cumpre ressaltar, por fim, que o princípio do juiz natural não é

⁴² TAVARES, André Ramos, LENZA Pedro e ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). Reforma do Judiciário. São Paulo, 2005. pp. 78-79.

⁴³ TAVARES, André Ramos, LENZA Pedro e ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). Reforma do Judiciário. São Paulo, 2005. pp. 79-80.

⁴⁴ TAVARES, André Ramos, LENZA Pedro e ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). Reforma do Judiciário. São Paulo, 2005. p 81.

absoluto, em face da existência do instituto do desaforamento do julgamento para outra comarca, no procedimento do júri (artigo 427 do Código de Processo Penal), se o interesse da ordem pública o reclamar ou se houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou a segurança pessoal do acusado.

No sistema internacional de proteção dos direitos humanos também vige o princípio da responsabilidade subsidiária para o julgamento das violações de direitos humanos. Dessa forma, caso o Brasil se mostre inerte no exercício de sua jurisdição, poderá ser acionado, a título de exemplo, o Tribunal Penal Internacional, tendo em vista sua jurisdição complementar e subsidiária à jurisdição local, para apurar e julgar os crimes previstos no Estatuto de Roma.

Não há que se falar em insegurança jurídica, pois o deslocamento de competência não é um ato discricionário do Superior Tribunal de Justiça, devendo, para ser deferido, seguir o procedimento próprio e observar a presença dos requisitos exigidos pela Constituição.

Conclui-se, por fim, que, “se qualquer Estado Democrático de Direito pressupõe o respeito dos direitos humanos e requer a eficiente resposta estatal quando de sua violação, a proposta de federalização reflete, sobretudo, a esperança de que a justiça seja feita e os direitos humanos respeitados.”⁴⁵

Flávia Piovesan e Nilmário Miranda acreditam na federalização dos crimes de direitos humanos, pois cria “um sistema de salutar concorrência institucional para o combate à impunidade”, além de ser “um efetivo instrumento para o fim da impunidade e para a garantia de Justiça nas graves violações de direitos humanos. Afinal, no Estado de Direito, é o poder Judiciário, enquanto Poder desarmado, que tem a última palavra, combatendo com a força do direito o uso arbitrário da força.”⁴⁶

⁴⁵ TAVARES, André Ramos, LENZA Pedro e ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). Reforma do Judiciário. São Paulo, 2005. p 81.

⁴⁶ MIRANDA, Nilmário e PIOVESAN, Flávia. Justiça e combate à impunidade. Folha de São Paulo, São Paulo, 30 de março de 2005. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz3003200509.htm>> Acesso em: 21 setembro 2008.

5.2.4 O Caso Dorothy Stang

A primeira vez que o instituto da federalização dos crimes de direitos humanos foi acionado, desde que foi introduzido pela reforma do Judiciário, foi em razão do brutal assassinato da missionária Dorothy Stang, em 12 de fevereiro de 2005. O crime ocorrido na cidade de Anapu, no Pará, mobilizou a sociedade e novamente colocou o Brasil nas manchetes de jornais estrangeiros, despertando o interesse de organismos internacionais de defesa de direitos humanos.

O Procurador-Geral da República solicitou ao Superior Tribunal de Justiça o deslocamento da competência para as instâncias federais, a fim de que o crime seja por elas investigado, processado e julgado. Para o procurador-geral, a federalização é necessária, pois reúne os requisitos constitucionais necessários para firmar a competência da Justiça Federal: a grave violação de direitos humanos e a necessidade de garantir que o Brasil cumpra os tratados internacionais de direitos humanos. Demonstra, ainda, que houve omissão do Estado do Pará para lidar com o conflito fundiário na área e proteger possíveis vítimas de homicídio e tortura.

O Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana aprovou, por unanimidade, moção de apoio à solicitação de deslocamento de competência feita pelo procurador-geral da República, destacando a importância da federalização para o combate à impunidade e para a garantia de justiça, bem como a aplicabilidade imediata do instituto, com fundamento no princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (previsto no art. 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal)

Entretanto, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça rejeitou, por unanimidade, o pedido de federalização do caso. Os ministros consideraram ausente a inércia ou incapacidade das autoridades responsáveis, um dos requisitos para a aplicação do artigo 109, parágrafo 5º da Constituição Federal.

Apesar do indeferimento do pedido, por considerar que as autoridades estaduais encontravam-se empenhadas na apuração dos fatos, bem como que o deslocamento de competência poderia dificultar o andamento do processo criminal e atrasar seu desfecho, o julgamento pontuou questões importantes para a correta interpretação do dispositivo, conforme se observa abaixo:

CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO DOLOSO QUALIFICADO. (VÍTIMA IRMÃ DOROTHY STANG). CRIME PRATICADO COM GRAVE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS. INCIDENTE DE 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.

1. Todo homicídio doloso, independentemente da condição pessoal da vítima e/ou da repercussão do fato no cenário nacional ou internacional, representa grave violação ao maior e mais importante de todos os direitos do ser humano, que é o direito à vida, previsto no art. 4º, nº 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário por força do Decreto nº 678, de 6/11/1992, razão por que não há falar em inépcia da peça inaugural.

2. Dada a amplitude e a magnitude da expressão “direitos humanos”, é verossímil que o constituinte derivado tenha optado por não definir o rol dos crimes que passariam para a competência da Justiça Federal, sob pena de restringir os casos de incidência do dispositivo (CF, art. 109, § 5º), afastando-o de sua finalidade precípua, que é assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais firmados pelo Brasil sobre a matéria, examinando-se cada situação de fato, suas circunstâncias e peculiaridades detidamente, **motivo pelo qual não há falar em norma de eficácia limitada**. Ademais, não é próprio de texto constitucional tais definições.

3. Aparente incompatibilidade do IDC, criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, com qualquer outro princípio constitucional ou com a sistemática processual em vigor deve ser resolvida aplicando-se os **princípios da proporcionalidade e da razoabilidade**.

4. Na espécie, as autoridades estaduais encontram-se empenhadas na apuração dos fatos que resultaram na morte da missionária norte-americana Dorothy Stang, com o objetivo de punir os responsáveis, refletindo a intenção de o Estado do Pará dar resposta eficiente à violação do maior e mais importante dos direitos humanos, o que afasta a necessidade de deslocamento da competência originária para a Justiça Federal, de forma subsidiária, sob pena, inclusive, de dificultar o andamento do processo criminal e atrasar o seu desfecho, utilizando-se o instrumento criado pela aludida norma em desfavor de seu fim, que é combater a impunidade dos crimes praticados com grave violação de direitos humanos.

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.**

6. Pedido indeferido, sem prejuízo do disposto no art. 1º, inc. III, da Lei nº 10.446, de 8/5/2002.

(IDC 1 / PA – Incidente de Deslocamento de Competência – 2005/0029378-

4. Relator: ministro Arnaldo Esteves Lima. Órgão julgador: S3 - terceira seção. Data do julgamento: 08/06/2005. Data da publicação/fonte: DJ 10.10.2005 p. 217 RSTJ vol. 198 p. 435).

(sem grifo no original)

Primeiramente, entendeu-se não ser necessária regulamentação legislativa para que o dispositivo constitucional tenha aplicabilidade imediata.

Por fim, fixou os três requisitos que, de forma cumulativa, devem ocorrer para justificar o deslocamento: grave violação a direitos humanos, assegurar o cumprimento, pelo Brasil, de obrigações decorrentes de tratados internacionais e a incapacidade (oriunda de inércia, negligência, falta de vontade política, de condições pessoais, materiais etc.) de o Estado-membro, por suas instituições e autoridades, levar a cabo, em toda a sua extensão, a persecução penal.

6. CONCLUSÃO

A história dos direitos humanos nos remete à Antiguidade. Entretanto, somente após a Segunda Guerra Mundial que a proteção dos direitos humanos deixou de ser um tema local, reservado a um Estado, e tornou-se uma preocupação de interesse comum de todos os Estados.

As atrocidades cometidas pelo nazismo, com a negação do valor da pessoa humana face à sua descartabilidade, apresentaram o Estado como o grande violador de direitos humanos. O fim da guerra deu início a um período de reconstrução dos direitos humanos e os elevou a tema de relevância internacional.

No Brasil, após um longo período de regime ditatorial, iniciou-se o processo de democratização do país, que culminou com a promulgação da Constituição da República, em 1988, priorizando a participação popular e os valores da cidadania e dignidade da pessoa humana.

As inovações trazidas pela Constituição de 1988 inseriram o Brasil no contexto internacional, tendo em vista que foi a primeira a fixar valores para orientar o país em suas relações internacionais. Ao longo desse processo de democratização, o Brasil passou a aderir a importantes instrumentos internacionais destinados à proteção dos direitos humanos.

Após a elaboração de uma normatização internacional de proteção aos direitos humanos e a inserção de tais direitos no ordenamento jurídico interno dos Estados torna-se preciso dar efetividade a essa proteção. É necessário colocar em prática os instrumentos de defesa dos direitos humanos, protegendo efetivamente o indivíduo.

A Constituição brasileira apresenta dispositivos importantes na busca dessa efetividade. Seu artigo 5º, parágrafo 1º, assegura aplicação imediata às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais. Por sua vez, o parágrafo 2º do referido artigo dispõe que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que o país seja parte. O recente parágrafo 3º, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004, eleva os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos ao *status* de emenda constitucional.

Cumprindo observar, com isso, o interesse do legislador em conferir natureza especial aos tratados de direitos humanos, qual seja, a natureza constitucional.

Equiparar os tratados internacionais à lei federal, aplicando-se o princípio de que norma posterior revoga norma anterior, viola dispositivos internacionais. O país não pode se eximir de uma responsabilidade assumida de boa-fé perante outro Estado invocando disposições de seu direito interno. É necessário o comprometimento com os termos estabelecidos entre as partes contratantes para que um tratado cumpra seu objetivo.

Outro dispositivo, inserido na Constituição por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, foi o parágrafo 5º do artigo 109 que prevê o deslocamento de competência para a Justiça Federal nas hipóteses de grave violação de direitos humanos. Trata-se de importante instrumento no combate à violência e à impunidade, fortalecendo a responsabilidade da União, que responde internacionalmente pelas violações das obrigações que se comprometeu a cumprir.

Seja porque melhor equipada, menos corporativa e distante das pressões políticas e possíveis influências locais, o deslocamento para a esfera federal só ocorrerá quando as instituições locais se mostrarem falhas ou omissas.

O primeiro e único caso de solicitação do incidente de deslocamento foi no assassinato da missionária Dorothy Stang. O pedido foi indeferido por considerar que as autoridades estaduais encontravam-se empenhadas na apuração dos fatos, bem como que o deslocamento de competência poderia dificultar o andamento do processo criminal e atrasar seu desfecho.

Por se tratar de recente inovação e apesar da polêmica gerada pelo instituto do incidente de deslocamento, não há muitas fontes acerca do tema. Além das organizações não-governamentais de defesa da pessoa humana, que há muito tempo lutam pela instituição da federalização dos crimes contra os direitos humanos, observa-se certa disputa entre as entidades federais e estaduais, cada qual apresentando seus argumentos.

O julgamento do primeiro incidente de deslocamento suscitado, apesar do indeferimento pelo Superior Tribunal de Justiça, pontuou questões importantes para uma correta interpretação do dispositivo.

O Brasil dispõe de importantes instrumentos para combater a violência e a impunidade, que geram a insegurança. Para a efetiva proteção dos direitos humanos resta colocá-los em prática.

7. BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Patrícia Donati de. **A federalização dos crimes graves impede a análise da denúncia pela comissão interamericana de Direitos Humanos.** Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080516150230171&query=cidh> Acesso em: 03 novembro 2008.

ANDRADE, M. C. S. A. **Federalização das hipóteses de grave violação de direitos humanos e constitucionalidade.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10073>> Acesso em: 21 setembro 2008.

ARAS, V. **Federalização dos Crimes contra os Direitos Humanos.** Disponível em: <<http://www.juspodivm.com.br/novo/Artigo-IDC.pdf>> Acesso em 22 setembro 2008.

ARAÚJO, Nádya de. **Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BREGA FILHO, V. **Federalização das Violações de Direitos Humanos.** Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_humano_td_vladimir_brega_filho.pdf> Acesso em: 22 setembro 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CONAMP. **Federalização dos crimes.** Disponível em: <http://www.conamp.org.br/index.php?ID_MATERIA=305&busca=1> Acesso em: 22 setembro 2008.

DALLARI, Pedro B. A. **Constituição e Tratados Internacionais.** São Paulo: Saraiva, 2003.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado.** 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Parte Geral.

GOMES, Luiz Flávio e PIOVESAN, Flávia (Coord.). **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais: Estudo analítico da situação e aplicação do Tratado na Ordem Jurídica Brasileira.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público.** 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. v. 1.

MIRANDA, Nilmário e PIOVESAN, Flávia. **Justiça e combate à impunidade.** Folha de São Paulo, São Paulo, 30 de março de 2005. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz3003200509.htm>> Acesso em: 21 setembro 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flávia. Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF. Disponível em <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/Artigos/00000034-001_FlaviaPioveasn.pdf> Acesso em: 03 novembro 2008.

RENAULT, S. A reforma possível. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0912200409.htm>> Acesso em: 21 setembro 2008.

REZEK, J. F. Direito Internacional Público: Curso Elementar. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Publicada em 08.06.05. Proc.: IDC nº 1. Disponível em: <http://www.tjpe.gov.br/cej/PaginaPrincipal/noticias/ver_noticia2.asp?codg=171> Acesso em: 22 setembro 2008.

TAVARES, André Ramos, LENZA Pedro e ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). Reforma do Judiciário: analisada e comentada. Método: São Paulo, 2005.