

## A NOVA PROTEÇÃO CONFERIDA AOS DIREITOS HUMANOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL PÓS EC 45/2004

Danielle Annoni \*

Danielle Anne Pamplona \*\*

### RESUMO

O presente artigo versa sobre um tema controvertido, qual seja, a reforma do Poder Judiciário brasileiro no que se refere à nova regulação dada aos direitos humanos. O Estado brasileiro vivencia reformas desde a abertura democrática, na década de 80. Muitas ocorreram, em diversos setores e âmbitos de atuação e conhecimento, na tentativa de restabelecer e consolidar a democracia, sobretudo nas instituições públicas. Mas as reformas que visavam atingir o Poder Judiciário e melhorar o atendimento fornecido à população resumiram-se, até então, a um ataque aos códigos de processo e procedimentos internos dos tribunais, muitas vezes aumentando a burocracia, os custos e, por conseguinte, gerando efeito contrário ao pretendido. Com efeito, muitas mudanças foram introduzidas pela Emenda Constitucional 45/2004, intitulada de *Reforma do Poder Judiciário*. Algumas delas, voltadas a efetivação dos direitos humanos, trouxeram alterações significativas, e que, ao contrário do que sustenta a doutrina majoritária, não foram positivas, representando um retrocesso no processo de reconhecimento e de efetividade dos direitos humanos no Brasil. No que se refere aos direitos humanos, a EC 45/2004 não trouxe novidades positivas, exceto pela possibilidade de determinados casos transitarem na Justiça Federal. E isso é pouco. Um país como o Brasil, de (des)proporções continentais, de violações históricas contra os direitos, não se pode *dar ao luxo* de editar normas contraditórias ou retrógradas. A existência de normas protetivas aos direitos humanos não significa a existência efetiva

---

\* Doutora em Direito pela UFSC. Professora dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da FACINTER-PR e UNOESC-SC. Autora de várias obras e artigos acerca do direito de acesso à justiça e dos direitos humanos. Contato: [annoni@justice.com](mailto:annoni@justice.com)

\*\* Doutora em Direito pela UFSC. Professora dos Cursos de Graduação da PUC-PR e IST/SOCIESC-SC e Pós-Graduação da PUC-PR. Autora de obra e artigos acerca do Poder Judiciário e do processo de decisão judicial. Contato: [dapamplona@pamplonaebraz.com.br](mailto:dapamplona@pamplonaebraz.com.br)

destes direitos, mas ajuda. A restrição legislativa ou a não-existência dessas normas protetivas, condena o indivíduo à própria sorte, ou pior, à vontade e desejos alheios.

**PALAVRAS-CHAVE:** DIREITOS HUMANOS; REFORMA DO JUDICIÁRIO; EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004; TRATADOS INTERNACIONAIS; TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.

### **ABSTRACT**

The present paper turns on a controversial subject, which is, the Brazilian Judiciary Branch reform especially about the new regulation on the human rights. The Brazilian State has been suffering reforms since the returns of the democratic system, on decade of 80. Many of them (reforms) occurred in various sectors and areas of expertise and knowledge, in an attempt to restore and consolidate democracy, especially in public institutions. But the reforms aimed at achieving the Judiciary Power and improve the care provided to the population reduced up, until then, an attack on codes of process and internal procedures of the courts, often increasing the bureaucracy, costs and therefore generating contrary to the desired effect. In fact, many changes had been introduced by Constitutional Amendment 45/2004, called *Judiciary Branch Reform*. Some of them, in terms of human rights protection, have brought significant changes, which have not being positive ones, contrary to what a several number of Brazilian legal circles have asserted, symbolizing a backslide in the process of recognition and effectiveness of the human rights in Brazil. However, about human rights, the Constitutional Amendment 45/2004 not brought good news, except for the possibility of some cases forward in the Federal Justice. That's not enough. A country like Brazil, with continental proportions and a large historical human rights violations, can not afford to edit rules contradictory or backward. The existence of standards to human rights protection does not mean the effective existence of these rights, but it helps. The restriction legislative or non-existence of such protection standards condemns the human being to own fate, or worse, the will and wishes of others.

**KEYWORDS:** HUMAN RIGHTS; JUDICIARY BRANCH REFORM; CONSTITUTIONAL AMENDMENT 45 ON DECEMBER 2004; INTERNATIONAL TREATIES; INTERNATIONAL CRIMINAL COURT.

## 1. INTRODUÇÃO

A Reforma do Poder Judiciário, como ficou conhecida a Emenda Constitucional 45/2004, estabeleceu um marco, divisor de águas no cenário jurídico-político nacional, sobretudo no que se refere à preocupação em tornar o Poder Judiciário mais democrático e acessível à população. Isto não implica dizer que esta preocupação não existia antes, ou que as reformas processuais e procedimentais anteriores não tiveram este condão. Significa, todavia, afirmar que todas as tentativas anteriores não surtiram tamanho impacto, ainda que os resultados não sejam, até o momento, animadores.

Com efeito, o Brasil vive a reformas desde a abertura democrática, na década de 80. Muitas ocorreram, em diversos setores e âmbitos de atuação e conhecimento, na tentativa de restabelecer e consolidar a democracia, sobretudo nas instituições públicas. Mas as reformas que visavam atingir o Poder Judiciário e melhorar o atendimento fornecido à população resumiram-se, até então, a um ataque aos códigos de processo e procedimentos internos dos tribunais, muitas vezes aumentando a burocracia, os custos e, por conseguinte, gerando efeito contrário ao pretendido. A EC 45/2005 inovou neste sentido. Não se tratou de uma reforma processual, mas sim de princípios e garantias constitucionais, dentre os quais se inseriu a garantia “à duração razoável do processo”.

Mas não apenas de princípios tratou a EC 45/2004. A “Reforma do Judiciário” também criou o Conselho Nacional de Justiça, possibilitou ao STF editar súmulas vinculantes, comprometeu o Estado brasileiro a compor a infra-estrutura humana do Poder Judiciário, sobretudo no que se refere ao *quantum* de magistrados, em número proporcional à população e à demanda, fortaleceu o Ministério Público e a Defensoria Pública, ampliou as competências da Justiça Federal e do Trabalho, enfim, fomentou mudanças institucionais que geraram e continuam a gerar alterações e inovações legislativas.

Dentre todas as mudanças citadas, merece destaque a regulação dada pela EC 45/2004 aos direitos humanos, e às tentativas, muitas vezes equivocadas, de adequar-se aos compromissos firmados pelo Estado brasileiro em prol da defesa e efetivação dos direitos do ser humano dentro e fora de suas fronteiras.

## **2. A EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004 E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS**

A Emenda Constitucional 45, de 2004, ressaltou a importância da proteção efetiva dos direitos humanos no plano interno do Estado brasileiro, preocupando-se, logo num primeiro momento, em consagrar dentro do rol de direitos fundamentais do art. 5º, o direito de acesso à justiça dentro um prazo razoável. A par dessa positivação, a Emenda Constitucional 45, de 2004, reafirmou o interesse do Estado brasileiro em proteger os direitos do ser humano dentro e fora de suas fronteiras, acrescentando dois novos parágrafos ao art. 5º, e ainda criando a possibilidade de os crimes contra os direitos humanos poderem ser processados pela Justiça Federal, sabidamente melhor aparelhada, mais eficaz e rápida do que a Justiça comum, como se verá adiante.

A inclusão, todavia, de dois novos parágrafos ao art. 5º da Constituição Federal em vigor reacendeu uma divergência histórica entre a doutrina pátria e os tribunais nacionais, sobretudo no que se refere à incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos pelo ordenamento jurídico brasileiro, referida no § 2º do art. 5º e agora disposta expressamente no § 3º do mesmo artigo.

À primeira vista, o legislador tentou encerrar a discussão sobre a prevalência dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, conferindo-lhes, definitivamente, *status* constitucional. A princípio, parece ter sido esse o intuito do legislador, mas a redação dada ao recém-acrescido § 3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 não traz essa mensagem. Dispõe o texto constitucional que “[o]s tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas à Constituição”.

A redação dada pelo novo parágrafo, todavia, trouxe mais discussões, a par das já existentes em razão do disposto no § 2º do mesmo artigo, que já definia, desde 1988, 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”.

Desde sua promulgação, a Constituição Federal de 1988 tratou a questão dos tratados internacionais de direitos humanos de modo particularizado, dando a esses

tratados, e não a outros, *status* constitucional por força do § 2º do art. 5º<sup>1</sup>. Apesar do posicionamento equivocado do STF no famoso caso sobre a possibilidade de prisão por dívidas para o depositário infiel<sup>2</sup>, contrariando a disposição da Convenção Americana de Direitos Humanos, que só admite a prisão civil em casos injustificados de não-pagamento da pensão alimentícia, a doutrina nacional, bem como a grande maioria dos tribunais regionais e superiores, dentre eles o Superior Tribunal de Justiça e mesmo de alguns ministros do STF, a exemplo do Ministro Carlos Velloso<sup>3</sup>, já havia pacificado o entendimento de que a única interpretação possível ao texto do § 2º seria o reconhecimento da hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos<sup>4</sup>.

A inclusão de um parágrafo terceiro ao dispositivo, contudo, alterou essa certeza. De fato, a redação dada pelo § 3º limitou a paridade constitucional apenas aos tratados internacionais de direitos humanos que fossem aprovados pelas duas Casas do Congresso Nacional, em dois turnos e com *quorum* mínimo de três quintos dos votos respectivos, o que gerou, dentre a doutrina nacional, algumas indagações, quais sejam: a) se somente os novos tratados internacionais de direitos humanos, aprovados segundo os requisitos exigidos pelo novo § 3º, terão *status* de emenda constitucional, que *status* terão os tratados anteriores à edição da Emenda Constitucional 45, de 2004?; b) ou ainda, que *status* terão os novos tratados internacionais de direitos humanos que não

---

<sup>1</sup> “Logo, por força do art. 5º, §§ 1º e 2º, a Carta de 1988 atribui aos direitos enunciados em tratados internacionais a natureza de norma constitucional, incluindo-os no elenco dos direitos constitucionalmente garantidos, que apresentam aplicabilidade imediata. Conclui-se, portanto, que o direito brasileiro faz opção por um sistema misto, que combina regimes jurídicos diferenciados: um regime aplicável aos tratados de direitos humanos e um outro aplicável aos tratados tradicionais. Enquanto os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos – por força do art. 5º, § 2º – apresentam natureza de norma constitucional, os demais tratados internacionais apresentam natureza infraconstitucional”. (PIOVESAN, Flávia. Reforma do Judiciário e Direitos Humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Reforma do Judiciário: Emenda Constitucional 45/2004, Analisada e Comentada**. São Paulo: Método, 2005. p. 67-81, p. 71)

<sup>2</sup> Julgamento do HC 72.131/RJ, de 22.11.1995, que teve como relator o Ministro Celso Mello.

<sup>3</sup> Julgamento do HC 82.424/RS. Sobre o caso, ver: PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 93-94.

<sup>4</sup> Para um histórico circunstanciado do § 2º do art. 5º da Constituição Federal brasileira, ver: TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Safe, 2003. v. III, p. 597-643; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas**. 2. ed. Brasília: UnB, 2000. p. 1-214; GALINDO, G. R. Bandeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002; e LOUREIRO, Sílvia M. da Silveira. **Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos na Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

forem aprovados obedecendo a esses requisitos?; c) em se entendendo que o § 3º do art. 5º estabelece hierarquia entre os tratados internacionais de direitos humanos, não seria esse parágrafo inconstitucional à luz do já existente § 2º do mesmo artigo, por estar restringindo a proteção pétrea dada aos direitos humanos na interpretação do § 2º e, que já não existe no § 3º?

Em resposta à primeira indagação, Piovesan afirma que, por força do § 2º do art. 5º, todos os tratados internacionais de direitos humanos já eram, antes da Emenda Constitucional 45, de 2004, reconhecidos materialmente como normas constitucionais. O novo § 3º não teria, portanto, o condão de reduzir esse *status*, também em razão do disposto no art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, que disciplina sobre as *cláusulas pétreas* (PIOVESAN, 2005, p. 73).

Assim, o § 3º do art. 5º deve ser interpretado segundo o desejo do legislador originário, que dispôs no § 2º do mesmo artigo sua preocupação em não limitar o rol de direitos e garantias fundamentais aos direitos ali consagrados, ampliando esse rol para todo novo direito humano reconhecido posteriormente pelo Estado brasileiro, sejam eles “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Nesse sentido, Piovesan afirma, em resposta à segunda indagação, que os novos tratados internacionais de direitos humanos, além do reconhecimento constitucional material, também poderão ter assento formal na Constituição, se, para sua aprovação, forem observados os requisitos no § 3º do art. 5º da Constituição Federal<sup>5</sup>. Essa medida teria a intenção de assegurar a perenidade dos direitos humanos internacionais reconhecidos e positivados pelo Estado brasileiro, uma vez que os tratados internacionais de direitos humanos, tal qual qualquer outro tratado

---

<sup>5</sup> “Acredita-se que, por um lado, o novo dispositivo vem a reconhecer de modo expresso a natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos. Contudo, para que os tratados de direitos humanos obtenham assento formal na Constituição, requer-se a observância de *quorum* qualificado de três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos – que é justamente o *quorum* exigido para a aprovação de emendas à Constituição, nos termos do art. 60, § 2º, da Carta de 1988. Nesta hipótese, os tratados de direitos humanos formalmente constitucionais são equiparados às emendas à Constituição, isto é, passam a integrar formalmente o texto constitucional”. (PIOVESAN, Flávia. Reforma do Judiciário e Direitos Humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Reforma do Judiciário: Emenda Constitucional 45/2004, Analisada e Comentada**. São Paulo: Método, 2005. p. 67-81, p. 72).

internacional, admite denúncia<sup>6</sup> pelo Estado-parte, ao passo que os direitos consagrados como fundamentais na Constituição Federal brasileira seriam eternos por força do art. 60, § 4º, IV, da Carta de 1988<sup>7</sup>.

Todavia, apesar dos esforços em se interpretar o § 3º do art. 5º de modo positivo, a redação dada pelo legislador reformador fomenta a interpretação conservadora de que haveria sim uma hierarquia entre os tratados internacionais de direitos humanos, que teriam o *status* constitucional de direitos fundamentais no Brasil somente após passarem pelo procedimento especial destinado às emendas constitucionais, uma vez que os requisitos dispostos pelo legislador no § 3º do art. 5º são os mesmos dispostos no art. 60, § 2º, relativos a toda e qualquer emenda à Constituição, tratando a matéria de direitos humanos ou não.

Ainda é cedo para que os tribunais nacionais se manifestem sobre a questão, mas é importante ressaltar que o STF, antes mesmo da edição da Emenda Constitucional 45, de 2004, não reconhecia tal paridade, acolhendo os tratados internacionais de direitos humanos como normas infraconstitucionais, uma vez que os tratados internacionais são incorporados ao ordenamento jurídico nacional por meio de ato do Poder Executivo (ratificação de tratado internacional), convertido em Decreto.

O posicionamento conservador da Corte Constitucional em matéria de direito internacional é fator preponderante para a preocupação em torno da interpretação do § 3º do art. 5º, levando Cançado Trindade a indagar sobre a inconstitucionalidade do dispositivo em face do § 2º do mesmo artigo, que já consagrava os direitos humanos reconhecidos pelos tratados internacionais, protegendo-os por cláusula pétrea, portanto, não passíveis de modificação que os restrinja, limite ou exclua.

Esta nova disposição busca outorgar, de forma bisonha, *status* constitucional, no âmbito do direito interno brasileiro, tão-só aos tratados de direitos humanos que sejam aprovados por maioria de 3/5 dos membros tanto da Câmara dos Deputados como do

---

<sup>6</sup> Denúncia é o ato por meio do qual um Estado retira sua aprovação a determinado tratado, deixando, portanto, de fazer parte do grupo que ratificou o instrumento.

<sup>7</sup> “Em suma: os tratados de direitos humanos materialmente constitucionais são suscetíveis de denúncia, em virtude das peculiaridades do regime de direito internacional público, sendo de rigor a democratização do processo de denúncia., com a necessária participação do Legislativo. Já os tratados de direitos humanos material e formalmente constitucionais são insuscetíveis de denúncia”. (PIOVESAN, Flávia. Reforma do Judiciário e Direitos Humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Reforma do Judiciário**: Emenda Constitucional 45/2004, Analisada e Comentada. São Paulo: Método, 2005. p. 67-81, p. 75)

Senado Federal (passando assim a ser equivalentes a emendas constitucionais). Mal concebido, mal redigido e mal formulado, representa um lamentável retrocesso em relação ao modelo aberto consagrado pelo parágrafo 2 do artigo 5 da Constituição Federal de 1988, que resultou de uma proposta de minha autoria à Assembléia Nacional Constituinte, como historicamente documentado. No tocante aos tratados anteriormente aprovados, cria um *imbróglio* tão a gosto de publicistas estatocêntricos, insensíveis às necessidades de proteção do ser humano; em relação aos tratados a aprovar, cria a possibilidade de uma diferenciação tão a gosto de publicistas autistas e míopes, tão pouco familiarizados, – assim como os parlamentares que lhes dão ouvidos, – com as conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos. **31.** Este retrocesso provinciano põe em risco a inter-relação ou indivisibilidade dos direitos protegidos no Estado demandado (previstos nos tratados que o vinculam), ameaçando-os de fragmentação ou atomização, em favor dos excessos de um formalismo e hermetismo jurídicos eivados de obscurantismo. A nova disposição é vista com complacência e simpatia pelos assim chamados “constitucionalistas internacionalistas”, que se arvoram em jusinternacionalistas sem chegar nem de longe a sê-lo, porquanto só conseguem vislumbrar o sistema jurídico internacional através da ótica da Constituição nacional. Não está sequer demonstrada a constitucionalidade do lamentável parágrafo 3 do artigo 5, sem que seja minha intenção pronunciar-me aqui a respeito; o que sim, afirmo no presente Voto, – tal como o afirmei em conferência que ministrei em 31.03.2006 no auditório repleto do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em Brasília, ao final de audiências públicas perante esta Corte que tiveram lugar na histórica Sessão Externa da mesma recentemente realizada no Brasil, – é que, na medida em que o novo parágrafo 3 do artigo 5 da Constituição Federal brasileira abre a possibilidade de restrições indevidas na aplicabilidade direta da normativa de proteção de determinados tratados de direitos humanos no direito interno brasileiro (podendo inclusive inviabilizá-la), mostra-se *manifestamente incompatível com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (artigos 1(1), 2 e 29). **32.** Do prisma do Direito Internacional dos Direitos Humanos em geral, e da normativa da Convenção Americana em particular, o novo parágrafo 3 do artigo 5 da Constituição Federal brasileira não passa de uma lamentável aberração jurídica. O grave retrocesso que representa vem a revelar, uma vez mais, que a luta pela salvaguarda dos direitos humanos nos planos a um tempo nacional e internacional não tem fim, como no perene recomeçar, imortalizado pelo mito do Sísifo. Ao descer a montanha para voltar a empurrar a rocha para cima, toma-se *consciência* da condição humana, e da tragédia que a circunda



(como ilustrado pelas histórias de *Electra*, e de Irene Ximenes Lopes Miranda)<sup>8</sup>.

De fato o legislador errou ao introduzir um parágrafo terceiro ao art. 5º com a redação apresentada que vem a reacender a discussão sobre a hierarquia dos direitos humanos reconhecidos por tratados internacionais em face dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988. Os termos dispostos pelo legislador reformador conferem razão ao argumento de Cançado Trindade sobre a inconstitucionalidade do dispositivo, cuja redação induz a restrições na incorporação de novos direitos humanos fundamentais, contrariando frontalmente o § 2º do art. 5º, esse sim instituído pelo legislador originário.

Outro argumento que fortalece essa indagação refere-se à prevalência dos princípios gerais do Direito. Em que pese a redação dada ao § 3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 e o posicionamento do STF envolvendo matéria de natureza internacional, cabe ressaltar que, face ao caso concreto e em se tratando de violação de direitos humanos, a interpretação dos dispositivos legais deve respeitar o princípio basilar do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que é a *primazia da norma mais favorável ao ser humano*<sup>9</sup>.

O ser humano, como visto, tornou-se o centro das preocupações a partir da segunda metade da década de 1990, e o Direito, em especial as normas criadas pelos Estados nazista e fascista, passou a ser questionado por meio dos princípios gerais do Direito, tendo em conta o Direito das Gentes como paradigma. O século XXI cobra, pois, a reconstrução do *jus gentium* como direito universal da humanidade a determinar limites ao legislador e ao intérprete da norma, ambos agentes estatais, classicamente imbuídos de defender os interesses do Estado, quando o momento histórico exige a supremacia da proteção do indivíduo. “Definitivamente, não se pode visualizar a humanidade como sujeito do Direito a partir da ótica do Estado; o que se impõe é reconhecer os limites do Estado a partir da ótica da humanidade” (TRINDADE, 2006, p. 28).

---

<sup>8</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Ximenes Lopes Vs Brasil*. Sentencia de 4 de Julio de 2006, Serie C n. 149, voto em separado do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, parágrafos 30 a 32. Também disponível em: <[www.corteidh.or.cr/docs/casos/vsc\\_cancado\\_149\\_por.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/vsc_cancado_149_por.doc)>.

<sup>9</sup> A respeito, ver: TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Safe, 1997. v. I, p. 401-402.

### **3. A EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004 E O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL**

Outro desacerto do legislador reformador refere-se à inclusão do § 4º ao art. 5º da Constituição Federal de 1988, que dispõe expressamente: “o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”. Novamente a redação dada ao dispositivo não faz luz à terra de Rui Barbosa. O artigo expressamente afirma que o Brasil irá se submeter a uma jurisdição internacional, contrariando os preceitos constitucionais relativos à soberania nacional e à soberania popular, comumente invocados para justificar a opção dualista no que tange ao direito internacional<sup>10</sup>.

Se interpretado à luz do § 3º, o § 4º não faz o menor sentido. Primeiramente porque o § 3º, como visto, retroage no que se refere à proteção aos direitos humanos, criando novos obstáculos à sua positivação constitucional e reforçando a natureza infraconstitucional dos tratados internacionais, salvo se versarem sobre direitos humanos e se forem aprovados pelo Congresso Nacional obedecendo os requisitos dispostos no art. 60, § 2º, todos da Constituição Federal de 1988.

Com esse engessamento, a redação dada pelo § 3º fortaleceu a tese dualista, ou seja, reafirmou que o Estado brasileiro não reconhece automaticamente os tratados internacionais, logo os tratados internacionais de direitos humanos não são automaticamente convertidos em norma constitucional, mas, tão-somente, após serem submetidos ao crivo do Legislativo e, desde que, obedecidos os requisitos exigidos para as emendas constitucionais.

No § 4º, contudo, o legislador inverteu o posicionamento adotado no parágrafo anterior, afirmando expressamente que o Estado brasileiro irá se submeter a toda e qualquer decisão do Tribunal Penal Internacional, ou seja, toda norma internacional

---

<sup>10</sup> Pela teoria dualista, o Estado é independente e soberano e suas normas não precisam de aprovação internacional, ao passo que as normas internacionais precisam ser “convalidadas” pelo Estado para que tenham eficácia dentro das fronteiras do seu território. Pela teoria dualista, ainda que o Estado assumia compromissos no âmbito internacional, essas obrigações, assim como os direitos, somente se estenderão aos nacionais após terem sido “transformadas” em lei interna; no Brasil em regra, por meio de Decretos.

emitida pelo Tribunal Penal Internacional vinculará automaticamente o Estado brasileiro. Em se tratando de sentença internacional, o disposto no § 4º do art. 5º afasta a exigência do art. 105, I, “i”, da Constituição Federal de 1988, que agora atribui ao Superior Tribunal de Justiça a competência para processar e julgar “a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias”<sup>11</sup>.

Todavia, o retrocesso trazido pelo § 4º não se refere à incorporação automática de norma internacional, mas sim ao *status* privilegiado conferido à ratificação desse tratado internacional, de natureza penal, e que implica diretamente violação a diversos direitos e garantias consagrados pela Constituição Federal de 1988.

O Tribunal Penal Internacional foi criado pelo Estatuto de Roma em 1998, tendo sido ratificado pelo Brasil e incorporado ao ordenamento jurídico nacional em 06 de junho de 2002, mediante o Decreto Legislativo 112, o que implica dizer que o Brasil, desde 2002, já reconhecia a competência do Tribunal Penal Internacional para processar e julgar crimes contra a humanidade, como o crime de terrorismo e de genocídio. Mesmo a simples ratificação pelo Estado brasileiro suscitou dentre a doutrina críticas e inquietações, uma vez que esse tratado não admitiu reservas e prevê, dentre outras disposições conflituosas, a pena de prisão perpétua e a extradição de nacionais (PIOVESAN, 2005, p. 77), disposições expressamente proibidas pela Constituição Federal de 1988 no art. 5º, incisos XLVII e LI, respectivamente<sup>12</sup>.

A par de contrariar frontalmente garantias constitucionais originárias, o § 4º do art. 5º ainda confere relevância privilegiada a uma norma internacional de natureza punitiva, dentre tantas normas internacionais protetivas. Apesar do evidente fracasso dos sistemas penais e penitenciários mundo afora e dos movimentos em prol do direito penal mínimo, o legislador preferiu elevar ao *status* constitucional à ratificação de um instrumento meramente punitivo<sup>13</sup>, ao invés de conferir esse privilégio à Convenção

---

<sup>11</sup> Essa competência era do STF, por força do art. 102, I, “i”, revogado pela Emenda Constitucional 45, de 2004, a mesma que transferiu para o STJ essa competência.

<sup>12</sup> Antes da Emenda Constitucional 45, de 2004, o Estatuto de Roma integrava o ordenamento jurídico nacional como Decreto Legislativo, ou seja, norma infraconstitucional que, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, só tem eficácia na parte que não contraria a Constituição Federal, não sendo recepcionadas as partes que versam diferentemente do texto constitucional. Com base nessa interpretação, comumente empregada pelo STF, as discussões sobre os conflitos suscitados pelo Estatuto de Roma foram dadas por encerrado. Com o novo § 4º do art. 5º, essas questões voltaram a imperar.

<sup>13</sup> “A natureza e as circunstâncias de perpetração de crimes contra a humanidade e assemelhados não permitem que a pena desempenhe finalidades preventivas. A penalização internacional é incapaz de

Americana de Direitos Humanos e/ou ainda à competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Numa escala de valores, o legislador reformador, ao atender ao disposto no art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, que dispõe: “o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional de direitos humanos”, optou pelo Tribunal que castiga, a um que ampara, preferiu um tribunal inquisitório a um tribunal protetivo, o que representa um enorme retrocesso na consolidação dos movimentos em prol dos direitos humanos, em especial os que defendem alternativas à pena prisão, comprovadamente ineficaz, no plano internacional e interno dos Estados.

#### **4. A EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004 E A JUSTIÇA FEDERAL**

A boa notícia quanto à atenção dispensada pelo legislador reformador aos direitos humanos refere-se à possibilidade de avocação pela Justiça Federal dos casos envolvendo violação aos direitos humanos. O recente inciso V-A e seu correspondente § 5º, ambos do art. 109 da Constituição Federal, foram acertadamente inseridos no texto constitucional, no intuito de reparar a limitação anterior que impedia a intervenção da União Federal nos Estados, por força do pacto federativo consagrado no art. 60, § 4º, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

Antes da Emenda Constitucional 45, de 2004, as violações aos direitos humanos ocasionadas pela polícia penitenciária, civil ou militar, que são administradas pelos governos estaduais, eram processadas exclusivamente pelos tribunais estaduais, cujo inquérito policial era conduzido pelas próprias polícias estaduais. “Quando as

---

prevenir futuras violações de direitos humanos e tampouco poderá conseguir a ‘ressocialização’ dos criminosos. Dito de outra forma, não é possível termos em tais casos nem efeitos de prevenção geral nem efeitos de prevenção especial. Nesse âmbito, as únicas funções que podem ser desempenhadas é o castigo ‘exemplar’ que segrega os culpados da sociedade, constituindo expressão de vingança e produzindo a mensagem simbólica de que tais atos são intoleráveis (função que parte da doutrina denomina de prevenção geral positiva). Em palavras claras, a punição só pode servir para ‘a estigmatização, o desprezo, a segregação, a expulsão’ dos acusados e condenados. Ora, tais tratamentos, literalmente desumanos e degradantes, deveriam, em vez do entusiasmo que inspira o TPI na maioria dos doutrinadores, causar arrepio a qualquer defensor dos direitos humanos”. (DIMOULIS, Dimitri. O art. 5º, § 4º, da CF: Dois retrocessos políticos e um fracasso normativo. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Reforma do Judiciário**: Emenda Constitucional 45/2004, Analisada e Comentada. São Paulo: Método, 2005. p. 107-119, p. 112).

violações são perpetradas por aqueles que teriam por obrigação investigá-las, ou quando envolvem altas autoridades que exercem grande influência sobre as instâncias estaduais de aplicação da lei, a impunidade tem, infelizmente, se tornado regra”<sup>14</sup>.

Com efeito, a Emenda Constitucional 45, de 2004, deu um passo à frente na defesa aos direitos humanos, permitindo ao Estado brasileiro punir os responsáveis pelas graves violações aos direitos humanos, evitando assim uma condenação internacional<sup>15</sup>. No que tange ao sistema constitucional, a alteração trazida pela nova redação do art. 109, V-A e § 5º, não entra em conflito com os demais dispositivos constitucionais, ou seus princípios e valores<sup>16</sup>, ao contrário, vem ao encontro “das garantias do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana, materialmente concebida, expostas no art. 1º da Constituição Federal de 1988” (FACHIN, 2005, p. 235).

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar da boa intenção legislativa, o texto constitucional não conseguiu traduzir os esforços da doutrina, nacional e estrangeira, bem como dos movimentos

---

<sup>14</sup> Relatório Azul de 1996 a 1999, *apud* FACHIN, Luiz Edson. A tutela efetiva dos direitos humanos fundamentais e a reforma do Judiciário. In: RENAULT, Sérgio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo (Orgs.). **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 225-241, p. 233.

<sup>15</sup> Importante lembrar o caso Damião Ximenes Lopes, por meio do qual o Brasil foi condenado pela primeira vez pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em razão da tortura e morte de uma pessoa portadora de deficiência, internada numa instituição pública. Destaca-se que a sentença considerou na condenação o fato de o Estado brasileiro, por meio da instituição hospitalar e da polícia local, ter usado de todos os recursos possíveis para impedir e macular as investigações. O processo junto ao Judiciário local ainda não foi julgado. Em razão da demora, a irmã da vítima demandou contra o Estado brasileiro na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Esse é o exemplo de um caso que pode ainda ser avocado pela Justiça Federal, cuja punição dos responsáveis não é apenas medida de justiça interna, mas também requisito de cumprimento da sentença internacional.

<sup>16</sup> “Em suma, tais enfoques privilegiados seriam: a) não paira qualquer dúvida quanto à sua compatibilidade com a independência do Judiciário, uma vez que seria um órgão judicial – o Superior Tribunal de Justiça – que poderia determinar o citado deslocamento; b) guarda perfeito paralelismo com a regra do esgotamento dos recursos internos como condição para que a questão possa ser levada ao conhecimento da Corte Interamericana – pois ambos são mecanismos marcados pela subsidiariedade, em que o órgão que primeiro tem competência para apreciar o fato funciona mal, e somente em decorrência deste ‘mal funcionamento’ abre-se a possibilidade de submeter a questão a outra instância; c) tal incidente não é estranho ao direito brasileiro, pois é instituto bastante assemelhado ao desaforamento (deslocamento da competência do tribunal do júri, nos termos do art. 424 do CPP)”. (FACHIN, Luiz Edson. A tutela efetiva dos direitos humanos fundamentais e a Reforma do Judiciário. In: RENAULT, Sérgio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo (Orgs.). **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 225-241, p. 234)

sociais, organizações internacionais e não-governamentais em prol da efetivação dos direitos humanos. Muito pelo contrário, frustrou expectativas e esperanças daqueles que há muito lutam não apenas pelo reconhecimento, mas também pela efetiva e concreta materialização dos direitos de todos no Brasil.

No cenário internacional, a posição do Brasil não é diferente. Condenado em 2006 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos a indenizar, além de tomar outras providências contra os agressores, a família de Damião Ximenes, pela violação de direitos humanos que resultou em sua morte, o Estado ainda não cumpriu a sentença, nem sequer puniu os envolvidos.

No que se refere aos direitos humanos, a EC 45/2004 não trouxe novidades positivas, exceto pela possibilidade de determinados casos transitarem na Justiça Federal. E isso é pouco. Um país como o Brasil, de (des)proporções continentais, de violações históricas contra os direitos, não se pode *dar ao luxo* de editar normas contraditórias ou retrógradas. A existência de normas protetivas aos direitos humanos não significa a existência efetiva destes direitos, mas ajuda. A restrição legislativa ou a não-existência dessas normas protetivas, condena o indivíduo à própria sorte, ou pior, à vontade e desejos alheios.

Segue-se a luta, à espera de uma nova reforma, uma reforma em prol do indivíduo, em prol do cidadão, em prol da sociedade, e não apenas das instituições que os deveriam servir bem, e os renegam.

## REFERÊNCIAS

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Ximenes Lopes Vs Brasil*. Sentencia de 4 de Julio de 2006, Serie C n. 149. Também disponível em: <[www.corteidh.or.cr/docs/casos/vsc\\_cancado\\_149\\_por.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/vsc_cancado_149_por.doc)>.

DIMOULIS, Dimitri. O art. 5º, § 4º, da CF: Dois retrocessos políticos e um fracasso normativo. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Reforma do Judiciário: Emenda Constitucional 45/2004, Analisada e Comentada**. São Paulo: Método, 2005. p. 107-119.

FACHIN, Luiz Edson. A tutela efetiva dos direitos humanos fundamentais e a reforma do Judiciário. In: RENAULT, Sérgio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo (Orgs.). **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 225-241.

GALINDO, G. R. Bandeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e**

**Constituição Brasileira.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LOUREIRO, Sílvia M. da Silveira. **Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos na Constituição.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional.** São Paulo: Max Limonad, 1997.

\_\_\_\_\_. Reforma do Judiciário e Direitos Humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Reforma do Judiciário: Emenda Constitucional 45/2004, Analisada e Comentada.** São Paulo: Método, 2005. p. 67-81

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil (1948-1997):** as primeiras cinco décadas. 2. ed. Brasília: UnB, 2000.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos.** Porto Alegre: Safe, 2003.  
v. III.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos.** Porto Alegre: Safe, 1997. v. I.