



Anotações sobre os aspectos Constitucionais do §4º, do Art. 5º do CF/88

1. Introdução

O presente trabalho destinou-se a apontar as divergências originadas entre o texto da Emenda Constitucional nº 45/2004 referente ao reconhecimento, pela jurisdição brasileira, do Tribunal Penal Internacional e alguns dos dispositivos arrolados em sua legislação regulamentadora, o Estatuto de Roma.

O objetivo desta pesquisa, porém, não foi o de avaliar todas as discussões a respeito do tema, dada sua grande diversidade. Este estudo delimitou-se à problemática surgida a partir da imprevisibilidade constitucional da extradição de brasileiros natos e a necessidade da entrega de nacionais, tendo em vista a submissão brasileira à jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

A inclusão do Estatuto de Roma ao Direito brasileiro se deu por via de tratado ratificado pelo Brasil em 2002 e incorporado pelo Decreto nº 4.388 de 2002. Foi respaldado formalmente a partir da citada Emenda Constitucional, que adicionou, dentre outras reformas, o § 4º ao art. 5º da CF/88 sob a seguinte redação: "O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão".

As contestações iniciam-se desde logo, sem a necessidade de uma leitura mais apurada ou de técnicas aprimoradas de interpretação. A expressão "se submete", empregada na composição do parágrafo, revela certa incongruência com o art. 1º da CF, que afirma ser fundamento da República Federativa do Brasil a soberania, e em seu § 1º, que "todo poder emana do povo". É provável que tal discussão resida apenas no campo da retórica, mas o intuito foi demonstrar que, desde este ponto, o novo dispositivo constitucional vem a acirrar controvérsias, alimentando outras bem mais visíveis e complexas.

Alana Kelly de Lima Marinho Rodrigues Araújo*
Nélida Astezia Castro Cervantes**

Resumo:

Criado com o fim precípua de punir os autores dos mais atrozes crimes contra a humanidade, a jurisdição do Tribunal Penal Internacional (TPI), sediado em Haia, foi formalmente aceita pelo ordenamento jurídico brasileiro através da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que adicionou o § 4º ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

A despeito do que objetivou o TPI, várias questões controversas foram suscitadas a partir da entrada do referido dispositivo em nosso ordenamento jurídico, a exemplo do compromisso assumido pelo Brasil em entregar seus nacionais, mediante a aceitação jurisdicional do TPI, face à expressa proibição, contida no próprio texto constitucional (art. 5º, LI), da extradição de brasileiros natos.

Uma das tentativas de reverter esse quadro de nítida incompatibilidade foi adotada pelo estatuto regulamentador do TPI, o Estatuto de Roma, quando estabeleceu, em seu artigo 102, diferença entre a obrigação da entrega de nacionais do instituto da extradição, o que não procede para a melhor doutrina, em virtude da extradição implicar, necessariamente, em entrega, evidenciando, assim, o confronto entre o disposto na CF/88 e o aduzido pelo Estatuto de Roma.

Palavras-Chave: Tribunal Penal Internacional, Extradição, Brasileiros natos.

* Acadêmica de Direito, semestre V, Universidade Federal do Ceará (UFC). E-mail: alanakellymr@hotmail.com.

** Mestre e professora de Direito Internacional Privado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC).

Criado em 1998 e com sede em Haia, o Tribunal Penal Internacional possui competência que se restringe a julgar os mais graves crimes cometidos contra a humanidade, propondo, contudo, uma jurisdição subsidiária, complementar à dos Estados. Ainda assim, o Estatuto de Roma pode vir a ferir o princípio do pleno exercício da soberania das partes signatárias, uma vez que a jurisdição estatal permanece, de certo modo, submissa à do Tribunal, abalando, pois, pilares que sustentam a garantia dos direitos individuais previstos no ordenamento jurídico interno.

O enfoque deste trabalho foi direcionado, portanto, ao impasse ocasionado com a submissão jurisdicional brasileira ao Tribunal Penal Internacional e o conseqüente enfraquecimento do poder soberano, face ao dever constitucional de assegurar a não extradição de brasileiros natos, nos moldes dispostos no art.5º, LI.

2. Objetivos

Não obstante a variedade de aspectos controvertidos entre as disposições da Constituição Federal de 1988 e o Estatuto de Roma, o trabalho em tela destinou seu foco para a inconciliável submissão jurisdicional brasileira ao TPI, consoante o disposto no § 4º do artigo 5º/CF/88, frente à impossibilidade da não extradição de brasileiros natos imposta pela redação constitucional em seu artigo 5º, LI.

Objetivou-se explanar o assunto, embora de maneira sucinta, apresentando as idéias doutrinárias em conflito, bem como propor alternativas que pudessem ser úteis a solver as incompatibilidades em questão.

Dado que a matéria é palco de opiniões discordantes, buscou-se, igualmente, instigar o desenvolvimento de outras pesquisas que abordassem a problemática com o intuito de obter soluções concretas e efetivas que eliminem as incongruências referentes ao tema.

3. Metodologia

O método utilizado nesta pesquisa foi o qualitativo, segundo uma abordagem bibliográfica. Adotou-se, além de estudos sobre a Carta Magna e o Estatuto de Roma, legislações básicas, obras doutrinárias de conceituados estudiosos do tema

e artigos publicados por meio eletrônico. Procurou-se instigar os questionamentos a partir da análise dos textos que revelassem a repercussão obtida, no setor jurídico, pela inserção do § 4 ao art. 5º da Constituição Federal.

Realizou-se este trabalho com base em análise crítica, objetivando sempre a apreensão de elementos relevantes que possibilitassem o enriquecimento da discussão teórica e, com isso, a qualidade da pesquisa a fim de que esta contribuisse para aqueles que desejassem continuar a espereitar sobre os temas decorrentes do Direito Internacional e suas implicações no Direito interno brasileiro.

4. Discussão

Em resposta ao anseio de justiça ínsito à natureza humana, o instituto da extradição pre-dispõe-se a auxiliar os Estados a garantir que aos autores de crimes praticados fora de seus territórios seja-lhes aplicada pena cabível.

Celso D. de Albuquerque Mello explica, em clássica obra, que: “a extradição pode ser definida como sendo o ato por meio do qual um indivíduo é entregue por um Estado a outro, que seja competente para processá-lo e puni-lo.”¹ (Mello, 2002, p.981).

O eminente professor Hidelbrando Accioly ensina que:

a extradição é o ato mediante o qual um Estado entrega a outro indivíduo acusado de haver cometido crime de certa gravidade ou que já se ache condenado por aquele, após haver-se certificado de que os direitos humanos do extraditando serão garantidos.² (Accioly, 2002, p. 398).

As definições ora transcritas têm o condão de evidenciar a finalidade primeira da extradição, que é a entrega, por parte de um Estado, de indivíduo para ser submetido à jurisdição diversa, competente para processá-lo e puni-lo.

A despeito disso, quando o indivíduo em questão é nacional, o princípio a reger o instituto da extradição será o de não concedê-la, o que é quase mundialmente aceito, a exemplo do adotado pelo constituinte originário brasileiro de 1988: “nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de

comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei" (art. 5º, LI, CF/88).

Hidelbrando Accioly³ critica a posição constitucional quando considera inconcebível que autores de graves crimes sejam dignos da proteção de seu país. Já para Celso D. De Albuquerque Mello⁴, a proibição constitucional contida no dispositivo em comento não implicaria na impunidade do nacional, vez que o mesmo seria devidamente submetido à jurisdição brasileira em decorrência de crime praticado em outro Estado.

Diante do exposto, a possibilidade de extraditar brasileiros natos ganha status de celeuma doutrinária, muito embora a Constituição Federal de 1988 expresse claramente sua proibição.

A entrada em vigor do § 4º acrescido ao artigo 5º da CF pela EC nº 45/04 insuflou a problemática, visto que o referido dispositivo admite a submissão do Brasil a tribunal penal internacional a cuja criação tenha manifestado adesão, a exemplo do TPI, o qual foi aceito pelo Brasil em 2002.

Destarte, a jurisdição brasileira compromete-se em entregar indivíduos, inclusive nacionais, dado que o dispositivo em tela não excepciona nenhum caso, a fim de que sejam submetidos à jurisdição diversa da sua, qual seja, a de um tribunal penal internacional. Com isso, o dispositivo emendado estaria confrontando o disposto no art. 5º, LI, CF/88, que veda a extradição de brasileiros natos e, portanto, este novo dispositivo estaria eivado de inconstitucionalidade.

A constituição sofre várias limitações a sua reforma. Limitações implícitas, ou tácitas⁵, e expressas. As limitações expressas são as "previstas textualmente pela Constituição Federal"⁶ e podem ser: materiais, circunstanciais⁷, temporais⁸ e formais ou procedimentais⁹.

As limitações materiais "cingem-se ao conteúdo dos assuntos que não podem ser objeto de propostas de emendas tendentes a abolir-los, quer implícita, quer explicitamente"¹⁰.

Pode-se apontar que essas foram as limitações violadas pelo poder reformador que inseriu ao texto constitucional o §4º do art. 5º, tendo em vista que a modificação foi feita sobre matéria que não poderia ser objeto de reforma pelo poder constituinte derivado, alterando cláusulas

pétreas¹¹, com garantia de eternidade, por serem absolutamente imodificáveis¹² no atual contexto constitucional.

Ao violar este dispositivo, alterou a vontade e intuito do legislador constituinte originário¹³ que impôs estas limitações para obstar a que reformas provocassem "a destruição, o enfraquecimento ou mudança de identidade da constituição"¹⁴.

A inclusão do novo dispositivo (§4º do art. 5º) pela emenda constitucional nº 45 implicou verdadeira violação do *hall* de direitos fundamentais, uma vez que facultou a entrega e submissão de seus nacionais ao Tribunal Penal Internacional, já que passou a submeter o Brasil à decisão desta Corte de Direitos Humanos atingindo norma constitucional a preceitos já materialmente constitucionais, assim reconhecidos pelo art. 5º, LI, da Constituição.

Note-se que o texto originário (art.5º, LI) incluiu e incorporou, aos direitos constitucionalmente expostos, o do nacional-nato de não ser, sem qualquer ressalva, extraditado. E mais: furta ao brasileiro o direito de não ser julgado por juízo ou tribunal de exceção. Não trouxe o legislador constituinte originário, em ambos os casos citados, qualquer ressalva quanto à possibilidade de entrega de brasileiros natos para julgamento perante este Tribunal Penal Internacional.

Valendo-se das definições de extradição transcritas anteriormente e de outras que a ela se assemelham doutrinadores¹⁵, sob uma perspectiva puramente gramatical, entendem não ser a extradição o mesmo que a entrega de nacionais. Portanto, estaria estabelecida a diferença entre os dois institutos e nenhuma incongruência haveria no texto constitucional quanto à submissão ao Tribunal Penal Internacional.

Pode-se apontar como diferença entre os termos o fato de que o processo extraditório se dá de Estado para Estado, enquanto o disposto no Estatuto de Roma prevê a entrega de indivíduo por um Estado ao Tribunal Penal Internacional, e não a outro Estado. Os doutrinadores¹⁶ que encontram este diferencial entre os citados termos afastam, dessa forma, do terreno da inconstitucionalidade o § 4º acrescido pela EC nº 45/04 ao art. 5º da CF/88.

Tal distinção por eles defendida é feita pelo próprio Estatuto de Roma em seu art. 102, numa

tentativa, certamente, de aclarar qualquer posterior questionamento e de impedir que este dispositivo se torne controverso a exemplo do disposto nos textos de constituições como a brasileira.

O intuito do Estatuto de Roma, como bem se notou, não foi observado em sua plenitude, uma vez que há outra corrente de estudiosos, da mesma linha de pensamento de Tércio Tokano¹⁷, que discordam da diferenciação feita entre entrega e extradição.

Dimitri Dimoulis, partidário da similitude entre os termos em questão, critica a diferenciação forçadamente estabelecida entre os mesmos, dispondo que:

... na tentativa de compatibilizar as previsões do Estatuto de Roma com as normas constitucionais, alguns doutrinadores não hesitam em incidir em contradições lógicas. Assim sendo, para justificar a entrega ao TPI, alega-se que não se trata de verdadeira extradição a tribunal estrangeiro, mas tão-somente de entrega a um tribunal internacional que faz parte da jurisdição nacional.¹⁸ (Dimoulis, 2005, p.115).

É sabido que a melhor hermenêutica a ser utilizada é a que emprega o método de interpretação teleológica em detrimento do gramatical, tendo em vista que leva em conta o fim último pretendido pela norma¹⁹. Dessa forma, como extradição comporta, necessariamente, entrega, a distinção entre esses termos, ao contrário do alegado pela corrente que a sustenta, não procede.

Em decorrência da similitude entre extradição e entrega, a constituição federal de 1988, pois, veda a entrega de brasileiros natos em seu art. 5º, LI, o que é defendido por Celso D. de Albuquerque Mello, que elenca as razões para tal:

A razão principal para isto é que o Estado tem a obrigação de proteger os seus nacionais. Outras razões podem ser acrescentadas: a) 'ninguém pode ser subtraído a seus juízes naturais'; b) o direito do nacional de habitar seu próprio Estado; c) a dificuldade de defesa em tribunais estrangeiros; d) falta de imparcialidade da justiça estrangeira, etc.²⁰ (Mello, 2002, p.981).

Desse modo, todos os motivos citados pelo autor que expressam o dever estatal de proteger seus nacionais vão de encontro ao compromisso assumido pelo Brasil em entregar indivíduos ao TPI.

Hidelbrando Accioly admite a controvérsia e cita que se criou "uma distinção entre a extradição propriamente dita e aquilo que se denominou 'surrender', ou seja, entrega"²¹ (Accioly, 2002, p. 558). Assim, o Estatuto de Roma não exigiria a extradição, mas simples 'surrender' dos indivíduos a serem submetidos à sua jurisdição. Não obstante sua afirmação, o mesmo autor em sua obra explica que se trata o 'surrender' de um sistema extraditório sumário e que "embora esse processo diminua a burocracia, os direitos do indivíduo podem deixar de ser devidamente protegidos"²² (Accioly, 2002, p. 401).

Como bem se vê, até entre os doutrinadores que não admitem a inconstitucionalidade entre o § 4º, art.5º e o inciso LI do mesmo artigo, ambos da CF/88, acabam por encontrar equivalência entre extradição e entrega.

Dessa forma, com a entrega, que supostamente é o procedimento acatado pelo TPI, os direitos do indivíduo a ser submetido à sua jurisdição são passíveis de carecer da devida proteção, consoante se infere das afirmações do autor, o que atinge frontalmente as disposições contidas na Constituição Federal brasileira de 1988.

Outra divergência observada refere-se ao possível enfraquecimento do poder soberano face à submissão brasileira à jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

Os defensores²³ da diferenciação entre entrega e processo extraditório passam a entender, conseqüentemente, que o § 4º do art.5º não constitui obstáculo ao exercício da soberania brasileira, já que consideram a jurisdição do Tribunal Penal Internacional (TPI) como parte integrante da jurisdição nacional, em decorrência da própria elevação do disposto no § 4º do art. 5º a nível constitucional.

Não poderiam proceder de maneira distinta: se compreendessem que as jurisdições do Tribunal Penal Internacional e a brasileira estão em âmbitos diversos, abrir-se-ia espaço para que a entrega de nacional ao TPI se transformasse em extradição, visto que, mesmo argumentando que esta só se opera entre Estados, na realidade, a extradição tem como fim a submissão de indivíduo a uma jurisdição diversa, competente para julgar os atos decorrentes de sua conduta criminosa ou para aplicar-lhe a pena devida. Desse modo, o processo extraditório confundir-se-ia

com a entrega, negando, pois, a afirmação primeira, e o art. 5º, LI da CF/88 seria gravemente afetado, dada sua disposição em favor da não extradição de brasileiros natos. Configurar-se-ia, portanto, uma inconstitucionalidade, uma vez que norma oriunda de Poder Constituinte Derivado atingiria, visivelmente, norma advinda de Poder Constituinte Originário²⁴.

Já os doutrinadores²⁵ que afirmam inexistir diferença entre extradição e entrega constatarem que a soberania brasileira é, visivelmente, atingida pelo novo dispositivo constitucional (§ 4º do art. 5º da CF/88). Para eles, nada impede que alguns institutos arrolados no Estatuto de Roma divirjam do disposto na Constituição Federal, como ocorre com a obrigatoriedade da entrega de nacionais ao TPI e a impossibilidade da extradição de brasileiros natos.

Segundo este ponto de vista, então, a inconstitucionalidade do § 4º do art. 5º da CF/88 estaria materializada, já que se trata de norma advinda de Poder Constituinte Derivado contrariando a norma oriunda de poder Constituinte Originário, que dispõe sobre a garantia individual da não extradição destes seus nacionais.

Essa inconstitucionalidade da emenda quarenta e cinco vem sendo questionada por parte da doutrina que, ao contrário de alguns constitucionalistas, não vislumbra o caráter benéfico da emenda, mas o retrocesso que a mesma representou, sobretudo no que concerne a aplicabilidade dos direitos humanos.

O poder constituído afrontou, pois, as determinações do Poder Constituinte originário em completa inobservância ao disposto na Constituição no art. 60, §4º, IV, usurpando²⁶ poder que não lhe foi conferido para alterar norma petrificada. Olvidou-se o legislador derivado que o poder reformador decorre do poder constituinte originário, pois se houvesse essa libertação do poder de revisão da Constituição “nem mais haveria Constituição, nem poder de revisão, mais sim Constituição nova e poder constituinte originário”²⁷.

As cláusulas pétreas não poderiam ser, como na realidade foram, abaladas pelo §4º do art. 5º, não se reconhecendo, portanto, ao referido parágrafo, qualquer eficácia, em nada importando a validade formal, pois que se revela de todo incompatível com as normas e princípios constitu-

cionais que visam a proteger os direitos humanos dos brasileiros natos, além das garantias e direitos fundamentais, pelo que é inconstitucional, ao mesmo tempo em que prevalece incólume e inabalado o inciso LI do art. 5º, com sua magnitude supraconstitucional no que respeita aos direitos humanos²⁸.

Não bastasse isto, que já seria suficiente para o reconhecimento da inconstitucionalidade material da EC nº 45, no que concerne ao §4º, André Ramos Tavares²⁹ aponta diversas inconstitucionalidades de ordem formal e material que invalidam todo o texto da emenda constitucional e que ele diz ser fruto de uma “esquizofrenia legislativo-constitucional”, por haver avançado o Congresso Nacional em searas proibidas, aqui resumidas:

- a) as inconstitucionalidades formais apontadas pelo autor foram: a votação total da Reforma pelo Senado Federal em um único dia em afronta ao disposto no Regimento Interno do Senado nos artigos 362, 363 e 364; a alteração pelo Senado do que havia sido aprovado pela Câmara (Art. 103-A) passando a inserir o termo “constitucional” ao que havia sido aprovado sem que tenha sido remetido a proposição alterada à Câmara para nova apreciação por esta, já que implicou em modificação na vontade da Câmara; da mesma forma ocorreu com a modificação das atribuições do Conselho Nacional de Justiça ao se manifestar o Senado Federal contrário à sanção de perda do cargo, independentemente de aposentadoria, quando a Câmara já havia aprovado. Não houve nova submissão à Câmara da modificação do Senado; igual fato ocorreu com a competência da Justiça do Trabalho, prevista no art. 114, I, que teve também o dispositivo alterado pelo Senado sem nova apreciação da Câmara³⁰;
- b) as inconstitucionalidades materiais, sem haver sido considerada a do §3º do art. 5º, foram brevemente apontadas pelo próprio autor: “i) O Tribunal Penal Internacional não respeita direitos fundamentais consagrados na Constituição Brasileira; ii) o incidente de deslocamento de competência criado viola o princípio do juiz natural³¹; iii) a limitação do sigilo processual viola o di-

reito à intimidade e outros direitos fundamentais; iv) a extinção dos tribunais de alçada buliu com o governo estadual do judiciário; v) a criação do Conselho Nacional de Justiça não respeitou a separação de poderes, nem a forma federativa de Estado; vi) igualmente, a criação do Conselho Nacional do Ministério Público não respeitou a autonomia funcional do Ministério Público, essencial à estruturação dos poderes; vii) a votação secreta para escolha do corregedor nacional viola a soberania popular e o princípio republicano.

Evidenciados estão alguns dos argumentos que tornam inconstitucional material e formalmente a emenda constitucional nº 45³², sobretudo pelas flagrantes ofensas aos direitos humanos conseguidos ao longo da história constitucional brasileira. Indispensável, portanto, ante todos os argumentos supra apresentados, que seja questionada tanto a inconstitucionalidade do §4º do art. 5º da CF/88, como da emenda constitucional em sua totalidade, já que eivada de vícios formais que a invalidam³³.

5. Resultados

Objetivando-se tornarem findos os desacordos envolvidos nesta questão, uma das saídas apresentadas pela doutrina para a afirmação da constitucionalidade do § 4º do art. 5º da CF/88 foi, como já se verificou anteriormente, o entendimento de que a Constituição Federal não proíbe a “entrega” de nacionais, mas sua “extradição”. Discordou-se deste posicionamento por não se compreender que a interpretação puramente gramatical fosse a mais apropriada e suficiente para resolver o problema. Propôs-se, portanto, uma interpretação teleológica, com o intuito de alcançarmos o fim último pretendido pela norma em detrimento da simples observação dos termos literários utilizados pelo legislador.

A possibilidade de aposição de reservas ao tratado não é pertinente, uma vez que o próprio Estatuto de Roma traz em seu art. 120 esta vedação; já a utilização pelo STF de uma interpretação sistemática do disposto na Constituição Federal, restringindo a possibilidade de conflitos entre a norma oriunda da emenda e o dispositivo oriundo do Poder Constituinte Originário também demonstra solução admissível. Desse modo,

o Supremo Tribunal Federal limitaria a entrega de brasileiros natos, respeitando, assim, seus direitos fundamentais assegurados em todo o texto constitucional.

Constatou-se, porém, que a medida mais eficaz a solucionar o caso seria a proposta de emendar o próprio dispositivo constitucional, a fim de restringir o alcance da submissão brasileira à jurisdição do Tribunal Penal Internacional sempre que essa submissão significar a entrega de brasileiros natos.

6. Conclusão

Grande parte da população mundial, face às grandes catástrofes, principalmente as decorrentes das duas Grandes Guerras, materializou um antigo anseio pela justiça e paz internacionais através da recente instauração, pelo Estatuto de Roma, do Tribunal Penal Internacional.

Entretanto, à margem do sentimento de justiça que norteia as ações do homem, acirradas discussões a respeito do tema vêm a questionar a verificação, pelo citado Estatuto, do princípio da soberania das partes signatárias, e seu possível confronto com as constituições nacionais.

Conforme o observado anteriormente no trabalho em liça, o Brasil ratificou e incorporou ao Direito nacional o tratado que reconhece a validade do Estatuto de Roma no âmbito interno.

Após a análise dos debates ocasionados a partir dessa decisão, alguns argumentos foram aqui acrescidos com o intuito de afirmar a tendência, constatada a partir desta pesquisa, de que a incompatibilidade entre os principais dispositivos constitucionais em questão (art. 5º § 4º e art. 5º, LI) é cabível e procedente.

O Decreto 86.715, que regulamenta o Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/80) refere-se, em seu art. 110, II “à entrega do extraditando ao Estado ao qual houver sido concedida a extradição”. Depreende-se do texto que o objetivo da norma foi o de ditar que a entrega do indivíduo é efetivada na extradição e que, embora o dispositivo mencione a entrega a um Estado, o intuito normativo não foi o de estabelecer exatamente onde o extraditando responderá processo penal ou cumprirá pena, mas que o mesmo será entregue para a realização deste fim. Desse modo, podemos considerar como extradição a entrega de

indivíduo ao Tribunal Penal Internacional, uma vez que constitui jurisdição diversa da brasileira.

O citado Decreto, dado o momento político de sua promulgação, restringiu o alcance da norma (quando se referiu somente ao Estado como instituição capaz de compor o processo de extradição) ante a impossibilidade, à época, de vislumbrar extradição para Organizações Internacionais, o que hoje, mediante a globalização e o controle estatal imposto pelo mundo contemporâneo, não é idéia impraticável.

Visto isso, como se trata de extradição o ato de submeter-se o indivíduo à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, revela-se incompatível tal entrega se o extraditando em questão for brasileiro nato, já que inevitável será a confrontação com o art. 5º, LI da CF/88, o qual dispõe que, em regra: "nenhum brasileiro será extraditado", excepcionando as situações específicas.

Além disso, por se tratar o Tribunal Penal Internacional de claro exemplo de tribunal de exceção³⁴, há inobservância do disposto no art. 5º, XXXVII da CF/88, já que: "não haverá juízo ou tribunal de exceção". Observa-se, também, o disposto na lei 6.815/80, art. 77, VIII, que veda a extradição quando "o extraditando houver de responder, no Estado requerente, perante tribunal ou juízo de exceção". Ora, se esta vedação é cabível ao estrangeiro, uma vez que é o destinatário da norma, e a própria Constituição Federal assegura que ninguém será julgado por tribunal de exceção, grande paradoxo seria se concedida fosse a extradição de brasileiros natos nestas circunstâncias.

Tendo em vista que as discussões e divergências acerca do tema estão ainda longe de serem encerradas, o objetivo desta pesquisa foi apenas o de tecer algumas indagações a fim de perquirir o teor das normas internacionais que adentram no ordenamento jurídico nacional, bem como questionar a constitucionalidade do dispositivo acrescido por meio da EC nº 45/04 em oposição ao disposto no art. 5º, LI e, conseqüentemente, em afronta ao que dispõe o art. 60, §4º da CF/88.

O tema em questão, não se restringindo às argumentações aqui exploradas, pode ainda ser fonte de outras investigações, servindo o presente trabalho, também, como suscitador de novas e pertinentes colocações que envolvam o Direito Internacional e o Direito interno brasileiro.

7. Notas

¹ Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Vol II. p. 981.

² Cf. ACCIOLY, Hidelbrando & SILVA, G. E. do Nascimento e. *Manual de Direito Internacional Público*. p. 398.

³ Cf. ACCIOLY, Hidelbrando & SILVA, G. E. do Nascimento e. *Manual de Direito Internacional Público*. p. 401.

⁴ Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Vol II. p. 987.

⁵ Paulo Bonavides define como sendo "aquelas que se referem à extensão de reforma, à modificação do processo mesmo de revisão e a uma eventual substituição do poder constituinte derivado pelo poder constituinte originário". BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit. p. 202.

⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17ª edição, São Paulo: Ed. Atlas, 2005, p. 589.

⁷ Celso Ribeiro Bastos conceitua como sendo as que "consistem em normas permanentes, aplicáveis a conjunturas anormais ou especiais, em que possa estar ameaçada a livre manifestação do órgão reformador". BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. ampl. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 1997, pp. 34 e 35.

⁸ Somente a Constituição do Império impôs esta limitação. Decorre da exigência de um lapso temporal mínimo para a constituição ser reformada.

⁹ Alexandre de Moraes afirma que estas são as que "referem-se às disposições especiais, em relação ao processo legislativo ordinário, que o legislador constituinte estabeleceu para permitir a alteração da Constituição Federal." MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, op. cit. p. 591.

¹⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*, op. cit., p. 847.

¹¹ Bulos conceitua cláusula pétrea como sendo "aquela insuscetível de mudança formal, porque consigna o núcleo irreformável da constituição". BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*, op. cit., p. 847.

¹² Manoel Gonçalves Ferreira Filho aponta o posicionamento de juristas como Duguit, Burdeau e Jorge Miranda que entendem ser possível a modificação das cláusulas pétreas bastando, para tanto, primeiro revogar as cláusulas pétreas e depois alterar as disposições sobre a matéria em questão. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 4ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2005, p. 173.

¹³ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, sobre a imutabilidade das cláusulas pétreas constantes do *hall* do art. 60, §4º da CF/88, entende que: "as 'cláusulas pétreas' em vigor vieram de uma reforma constitucional, tendo sido obra do Poder Constituinte derivado. Ora, o que o poder derivado estabelece, o poder derivado pode mudar". FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 4ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2005, p. 176.

¹⁴ Gilmar Ferreira Mendes in MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, op. cit. p. 591.

¹⁵ SANTOS, Sandro Schmitz. As aparentes dificuldades de implementação e aplicação do Tratado de Roma no direito interno dos Estados-Partes: algumas considerações; MEDEIROS: Antônio Paulo Cachapuz de. O Brasil e o Tribunal Penal Internacional; dentre outros. Disponível em: <<http://www.adenauer.com.br/download/analise/direipenal.pdf>> e <<http://www.neofito.com.br/artigos/art01/penal126.htm>> Acesso em: 06/07/05.

¹⁶ Veja nota anterior.

¹⁷ TOKANO, Tércio. As contradições do tribunal Penal Internacional. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2199>> Acesso em: 14/07/05.

¹⁸ Cf. DIMOULIS, Dimitri. O art. 5º, § 4 da CF: dois retrocessos políticos e um fracasso normativo. In TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALCORÓN, Pietro de Jesús Lora, *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. p. 115. A sigla TPI significa Tribunal Penal Internacional.

¹⁹ Cf. MAGALHÃES, Glauco Barreira Filho. *Heremênica Jurídica Clássica*. p. 40.

²⁰ Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Vol II. p. 981.

²¹ Cf. ACCIOLY, Hidelbrando & SILVA, G. E. do Nascimento e. *Manual de Direito Internacional Público*. p. 558.

²² Cf. ACCIOLY, Hidelbrando & SILVA, G. E. do Nascimento e. *Manual de Direito Internacional Público*. p. 401.

²³ Veja nota 15.

²⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. p. 61.

²⁵ Veja nota 17.

²⁶ Paulo Bonavides destaca que "o constituinte que transpuser os limites expressos e tácitos de seu poder de reforma estaria usurpando competência ou praticando ato de subversão e infidelidade aos mandamentos constitucionais, desferindo, em suma, verdadeiro golpe de Estado contra a ordem constitucional". BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, 2005, Malheiros editores, 16ª edição, pp. 201 e 202.

²⁷ ARAÚJO, Jackson Borges de. O controle Judicial da (In)Constitucionalidade da Emenda à Constituição, Recife, 1995, Editora Inojosa editores, p.93.

²⁸ CALMON DE PASSOS, Jorge Luiz Ieski. Direitos Humanos na Reforma do Judiciário. In *Reforma do Judiciário- Primeiras Reflexões Sobre a Emenda Constitucional N.45/2004*. Coordenação: Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Jr., Octavio Campos Fischer, William Santos Ferreira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.353.

²⁹ TAVARES, André Ramos. Reforma do Judiciário no Brasil pós-88. (Des)estruturando a Justiça: comentários completos à EC n.45/04. São Paulo, Editora Saraiva, 2005, pp. 8 a 12.

³⁰ O texto aprovado pela Câmara e submetido ao Senado dispunha sobre: "ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios" havendo o Senado modificado o teor acrescentando: "exceto os servidores ocupantes de cargos criados por lei, de provimento efetivo ou em comissão, incluídas as autarquias e fundações públicas dos referidos entes da federação".

³¹ Consoante já apontado, vários são os princípios e garantias constitucionais do processo penal (art. 5º, XXXVII, XXXVIII, XXXIX, LIII e LIV), portanto cláusulas pétreas, afrontadas com este deslocamento de competência.

³² Tendo em vista a alteração de 25 (vinte e cinco) artigos e acréscimo de outros 4 (quatro) artigos, que contrariam inúmeros interesses e pela má técnica legislativa utilizada, é que já se tem ajuizada, além da ADI nº 3486, que argui a inconstitucionalidade do art. inciso V-A e § 5º do art. 109, outras três ADI (ADI nº 3395-6, ADI nº 3392 e ADI 3367-1) sobre os vários dispositivos constitucionais alterados ou acrescentados pela referida emenda. LOULA, Pedro. "Breves Refle-

xões sobre a repercussão da Reforma do Judiciário (Emenda Constitucional nº45/04) no Direito Internacional brasileiro" in *O Direito Internacional Contemporâneo, Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger*. Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2006, pp. 779 e 780.

³³ Foi ajuizada a ADI nº 3486 em 05/05/2005 arguindo a inconstitucionalidade do inciso V-A e § 5º do art. 109 da Constituição inseridos através do art. 1º da EC nº45.

³⁴ Cf. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, p. 419. "Em oposição ao sentido de comum, ou ordinário, tribunal de exceção, entende-se o que se estabelece, ou se institui, em caráter especial, ou de exceção, para conhecer e julgar questões excepcionalmente ocorridas e suscitadas. Em regra, os tribunais especiais, ou de jurisdição especial, são tribunais de exceção. [...] Desse modo, exceção é a qualidade que se atribui ao tribunal quando, havendo tribunal comum, a que se afeta determinada questão, em razão da pessoa, ou pela natureza excepcional do fato, é subtraído do tribunal comum para ser entregue ao excepcional."

8. Referências Bibliográficas.

ACCIOLY, Hidelbrando & SILVA, G. E. do Nascimento e. *Manual de Direito Internacional Público*. 15ª ed./ São Paulo: Saraiva, 2002.

ARAÚJO, Jackson Borges de. *O controle Judicial da (In)Constitucionalidade da Emenda à Constituição*. Recife, 1995, Editora Inojosa editores.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 18ªed. ampl. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, 2005, Malheiros editores, 16ª edição.

CALMON DE PASSOS, Jorge Luiz Ieski. Direitos Humanos na Reforma do Judiciário. In *Reforma do Judiciário- Primeiras Reflexões Sobre a Emenda Constitucional N.45/2004*. Coordenação: Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Jr., Octavio Campos Fischer, William Santos Ferreira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MAGALHÃES, Glauco Barreira Filho. *Heremênica Jurídica Clássica*. 2 ed/ Belo Horizonte: Melhoramentos, 2003. 92 p.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Vol.II. 14ª ed./ Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 1698 p.

MEDEIROS: Antônio Paulo Cachapuz de. O Brasil e o Tribunal Penal Internacional; dentre outros. Disponível em: <<http://www.neofito.com.br/artigos/arr01/penal126.htm>> Acesso em: 06/07/05.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13 ed./São Paulo: Atlas, 2003. 836 p.

REZEC, J.F. *Direito Internacional Público. Curso Elementar*. 9ª ed./São Paulo:Saraiva, 2002. 403 p.

SANTOS, Sandro Schmitz. As aparentes dificuldades de implementação e aplicação do Tratado de Roma no direito interno dos Estados-Partes: algumas considerações; Disponível em: <<http://www.adenauer.com.br/download/analise/direipenal.pdf>> Acesso em: 06/07/05.

SILVA, De plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Edição universitária./Rio de Janeiro: Forense, 1991, Vol.III e IV, 513 p.

TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALCARÓN, Pietro de Jesús Lora (org.). *Reforma do Judiciário Analisada e Comentada*./São Paulo: Método, 2005. 616 p.

TOKANO, Tércio. As contradições do tribunal Penal Internacional. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2199>> Acesso em: 14/07/05.

Abstract:

Created with the main to punish the authors of the most atrocious crimes against the humanity, the jurisdiction of International the Criminal Court (TPI), hosted in Haia, it has formal accepted for the Brazilian legal system through the Constitutional Amendment number 45, that 5o of the Federal Constitution of 1988 added § 4o to the article. The spite of that it objectified the TPI, some questions controversies had been excited from the entrance of the related device in our legal system, the example of the commitment assumed for Brazil in delivering its national ones, by means of the jurisdictional acceptance of the TPI, face to the express prohibition, contained in the proper constitutional text (art. 5o, LI READ), of the extradition of born Brazilians. One of the attempts to revert this picture of clear incompatibility was adopted by the statute of the TPI, the Statute of Rome, when it established, in its article 102, difference enters the obligation of the delivery of national of the Institute of the extradition, what it does not proceed for the best doctrine, in virtue of the extradition to imply, necessarily, in delivery, evidencing, thus, the confrontation enters made use in the CF/88 and the alleged one for the Statute of Rome.

Keywords: TPI, Extradition, Brazilians, Born.

