

- CLÁUSULA PÉTREA E DIREITOS HUMANOS

Verdades, conceitos e definições à luz da Constituição federal brasileira

Prof. Dr. Cândido Furtado Maia Neto (*)

candidomaia@uol.com.br

O que significa verdadeiramente ou qual é o real conceito jurídico de cláusula pétrea, à luz da teoria constitucional moderna e dos princípios de Direitos Humanos no Estado Democrático.

Primeiro precisamos demonstrar que nos Direitos Humanos encontram-se contidos os direitos fundamentais individuais da cidadania, expressos tanto nos instrumentos internacionais Pactos, Convenções, etc., como no texto constitucional, direitos estes, assegurados taxativamente como indisponíveis, irrevogáveis, irrenunciáveis e inalienáveis, de acordo com o previsto nos artigos 1º ao 5º e respectivos incisos, da Carta Magna.

Os Direitos Humanos são universalmente aceitos de forma tácita, presentes nas Declarações e nos Tratados; já os direitos fundamentais individuais, constam dos instrumentos internacionais aderidos e/ou ratificados pelo Estado, fazendo desta forma parte dos dispositivos da Carta Magna ou do ordenamento jurídico vigente, no seu todo. Mas há que se afirmar, ainda, que os direitos fundamentais estão contidos nos Direitos Humanos, ou vice-versa.

Quanto a validade, dimensão ou geração dos Direitos Humanos, não é correto dar maior importância para esta ou aquela categoria, posto que segundo cada especialidade dos direitos fundamentais são indispensáveis à manutenção e efetivação do Estado Democrático (MAIA NETO, Cândido Furtado, in “Código de Direitos Humanos para a Justiça Criminal Brasileira”, ed. Forense, 2003, RJ)

Cláusula pétrea, por sua vez, significa artigo ou disposição legal que deve ser cumprida obrigatoriamente, que não permite renúncia ou inaplicabilidade, por estar petrificada, dura, imóvel, por ser inquebrável e intocável. É lei ou norma que se cumpre sem qualquer discussão quanto a sua interpretação de viabilidade – fática ou de direito -, por ser e estar taxativamente blindada na ordem constitucional, não se modifica, não se revoga ou não se reforma, é portanto, superior hierarquicamente falando, quanto a validade e soberania legal, faz parte da base e do sistema jurídico adotado e assegurado (MAIA NETO, Cândido Furtado, “Direitos Humanos Individuais Fundamentais no Processo Penal Democrático: Blindagem das garantias constitucionais ou vítimas do crime de Abuso de Poder” Revista Jurídica da UNISEP – Faculdade de Direito da União de Ensino do Sudoeste do Paraná, pg. 198/215, vol. 1-1, Ago/Dez/2005; Revista de Estudos Criminais, nº 21, Ano VI, Janeiro-Março, 2006, PUC/ITEC, Porto Alegre/RG; Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, v.7 nº 37, abril-maio/2006, São Paulo-SP, pg. 64/85; - www.tribunadajustica.com.br (maio/junho-2006); www.anadep.org.br (agosto/2006) Associação Nacional dos Defensores Públicos; Revista da OAB – Conselho Federal, ano XXXVI, nº 83, jul/Dez, 2006, pg. 29, Brasília-DF)

A Constituição federal (08.10.1988) tem como cláusulas pétreas os dispositivos referentes a constituição de república, seus princípios e fundamentos, bem como as garantias individuais,

indisponíveis e fundamentais da cidadania, expressos nos artigos 1º ao 5º.

O § 1º do artigo 5º da Carta Magna dispõe que as garantias fundamentais possuem aplicação imediata, são auto-aplicáveis, em outras palavras, não necessitam de lei ordinária para regulamentar, razão pela qual devem ser aplicadas e asseguradas diretamente pelo Poder Judiciário, na falta ou carência de norma infra-constitucional.

Aos documentos de Direitos Humanos não se pode negar ou prejudicar direito, pois os tratados e convenções aderidos possuem a mesma validade hierárquica que as garantias fundamentais individuais, nos termos do contido no § 3º do art. 5º da Constituição Federal.

É de se destacar que no art. 30, da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU/1948), consta que: “Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer direitos e liberdades aqui estabelecidos”.

A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (ONU -1969) expressa nos artigos 26 e 27, que: “Todo Tratado obriga as Partes e deve ser executado por elas de boa-fé” (“pacta sunt servanda”); e “uma Parte não pode invocar as disposições de seu direito interno como justificativa para o inadimplemento de um Tratado”; inclui-se, nesta hipótese, dentro de um conceito “lato sensu”, também outros instrumentos legais de Direitos Humanos, como: Pactos, Convenções, Declarações, etc.

Ademais. A Convenção Americana (OEA) sobre Direitos Humanos, ou o chamado Pacto de San José da Costa Rica (1969), determina que nenhum dispositivo da presente Convenção poderá ser interpretado no sentido de permitir a supressão, excluir ou limitar exercício de direitos e da liberdade.

O Conjunto de Princípios para a proteção de todas as pessoas submetidas a qualquer forma de detenção ou prisão (das Nações Unidas), no princípio 3º reza que: “Não se restringirá ou menosprezará nenhum dos direitos humanos das pessoas submetidas a qualquer forma de detenção ou prisão reconhecidos ou vigentes em um Estado em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes sob pretexto de que o presente Conjunto de Princípios não reconhece esses direitos ou os reconhece em menor grau”.

Também o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (ONU/1966, aderido ao ordenamento pátrio nacional, via Decreto nº 592/1992), no artigo 5.2 dispõe que: “Não admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais – cláusula pétrea - reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte do presente pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau”.

O artigo 60 § 4º da Carta Magna estabelece que não poderão ser motivo de propostas para deliberação, nem sequer por emenda constitucional, não se permitindo tendência alguma para abolição, das seguintes questões:

I - A que se refere a forma federativa de Estado, onde a República Federativa do Brasil, constituiu-se em Estado Democrático de Direito (artigo 1.º, I, II, III, IV, V CF).

Não se modificam e não se alteram os princípios da República, os fundamentos e os objetivos do estado democrático, isto é, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político, a prevalência pelos direitos humanos, entre outros (parágrafo único, do art. 1º, art. 3º, I, II, III, IV e art. 4º, I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, parágrafo único CF).

II - No que diz respeito ao voto direito, secreto, universal e periódico, ante o sistema democrático de sufrágio universal (art. 14 CF).

III - Sobre a separação dos Poderes, executivo, legislativo e judiciário, posto que todo Poder estatal emana do povo e em seu nome será exercido, sendo todos independentes e harmônicos entre si (art. 2º CF).

IV - quanto aos direitos e garantias individuais da cidadania (art. 5º CF)

Note-se, são os direitos e garantias individuais, não coletivas e nem sociais, o texto constitucional é taxativo. A este exemplo não está permitido instituir a pena de morte, prisão perpétua, legalizar o aborto, posto que a Carta Magna assegura a inviolabilidade da vida.

Ademais e conjuntamente: os direitos sociais (artigo 6º ao 11), no contexto da individualidade de cada cidadão; a autonomia dos Estados Federados (artigo 25); a autonomia dos Municípios (artigo 29, 30, I, II, III); a organização bicameral do Poder Legislativo (artigo 44); a inviolabilidade dos Deputados e Senadores (artigo 53); as garantias dos Juízes (artigo 95, I, II, III); a permanência institucional do Ministério Público (artigo 127) e de suas garantias (artigo 128, I, a, b, c); as limitações do Poder de Tributar (artigo 150, I, II, III, a, b, IV, V, VI, a, b, c, d, artigo 151); e os princípios da ordem econômica (artigo 170, I a IX, parágrafo único).

Ditos preceitos estão relacionados no artigo 60, parágrafo quarto e incisos I ao IV: a forma federativa de Estado; a separação dos poderes; o voto direto, secreto, universal e periódico e os direitos e garantias individuais. São classificadas como um leque de matérias que representam o cerne da ordem constitucional, furtadas a disponibilidade do poder de revisão. São as chamadas limitações materiais explícitas ao poder de reforma, manifestação do poder constituinte originário, ao elaborar um novo texto, através da possibilidade de exclusão de modo expresse, certas matérias e conteúdos do poder instituído (J. J. CANOTILHO, 1998, p. 942).

Os direitos fundamentais da cidadania se manifestam através das cláusulas pétreas auto-aplicáveis, posto que somente durante o Estado de Defesa ou de Sítio (arts. 136 e 137 CF), mediante declaração expressa por parte do Executivo e autorização do Parlamento, especificando a causa e o tempo da situação de emergência concreta, poderá suprimi-los, daí o conceito correto de cláusula pétrea e de blindagem das garantias individuais processuais no sistema penal democrático. Ao Judiciário compete aplicar a lei vigente, não possuindo desta maneira a função constitucional legal executiva que autoriza com exclusividade e excepcionalmente a quebrar das garantias fundamentais. A mais alta Corte de Justiça, ao Supremo Tribunal Federal, compete a guarda da Carta Magna e o controle da constitucionalidade das normas. Assim, o artigo 27 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José -, dispõe que a suspensão de garantias judiciais-constitucionais só se dará em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-Parte, podendo ser adotadas excepcionalmente medidas estritas por tempo restritamente limitado às exigências exclusivas da situação, devendo ser obrigatoriamente informado os demais Estados-Partes da Convenção, por intermédio do Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), sobre o início e o término da suspensão das referidas garantias judiciais. Estando ainda, tudo sujeito a verificação “in loco” por intermédio de inspeção da Comissão de Direitos Humanos, porque na hipótese de violações dos Direitos Humanos e desrespeito ao contido no Pacto de San José (art. 34 e segts), ante denúncia e queixa de qualquer pessoa ou grupo de pessoas, o Estado que suspendeu as garantias fundamentais da cidadania encontra-se sujeito a responsabilidades na ordem jurídica internacional dos Direitos Humanos, se infundadas, injustificadas ou abusivas as suspeições. Da mesma forma, como é obrigatória a comunicação ao Secretário-Geral da OEA, na hipótese de suspensão ou supressão temporária de garantia judicial, ou de direito constitucional fundamental; também manda proceder desta forma, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a exigência de comunicação ao Secretario-Geral da ONU. Trata-se, portanto, da chamada clausula de proteção

regional e internacional dos Direitos Humanos, na prática, controle e fiscalização dos compromissos assumidos após a ratificação e adesão dos instrumentos internacionais, pela República Federativa do Brasil; bem como qualquer Estado-Parte pode fazer comunicação escrita denunciando o desrespeito à cláusulas não observadas, por qualquer um dos Estados-Parte da presente Convenção Americana ou do presente Pacto Internacional.

Todos os demais dispositivos constitucionais são passíveis de reforma, de maneira total ou parcial, através de inclusões ou exclusões de texto via emenda constitucional, porque não são cláusulas pétreas.

Por exemplo, foi possível aprovar a Emenda Constitucional nº 40/2003, sobre o sistema de taxas de juros, que reformulou o contido no art. § 3º do art. 192 CF; a Emenda Constitucional nº 45/2004, reformou questões referentes ao Poder Judiciário e incluiu garantia fundamental; as Emendas Constitucionais nºs 20/1998 e 41/2003, que dispõem sobre tempo de serviço e aposentadoria dos magistrados e dos servidores públicos, e muitas outras Emendas Constitucionais foram aprovadas, como assuntos importantíssimos na ordem legal e social do País, mas não são consideradas cláusulas pétreas, de acordo com a Carta Magna.

Os instrumentos internacionais de Direitos Humanos específicos ao tema da prevenção da delinqüência juvenil e da administração da justiça de menores, não definem taxativamente a idade de 18 anos como a mais adequada para a responsabilização penal. A Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20-11-89, aderida pelo governo brasileiro em 1990, somente conceitua, no art. 1º, que se entende por criança-jovem-adolescente os menores de 18 anos de idade, e estes não devem ser objeto de ingerências arbitrárias por parte das autoridades estatais, ademais, que todo menor de 18 anos de idade, pode estar privado de liberdade, porém, deverá ser separado dos adultos (art. 37), o item 56 das Diretrizes da ONU para a Prevenção da Delinqüência Juvenil (adotadas pela Assembléia Geral em 14-12-90, Res. 45/112), prevê que os atos delituosos sancionados aos adultos não sejam considerados da mesma forma, quando cometidos por um jovem.

Para fins de definições internacionais, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (Assembléia Geral ONU Res. 40/33, de 29-11-85), conceitua “menor” como toda criança ou adolescente que o sistema jurídico de cada País possa sancionar por um delito de forma diferente daquele procedimento feito a um adulto; e “menor delinqüente” é toda criança ou adolescente que se impute um delito e que se considere culpado por seu comportamento (ação ou omissão).

Assim, o artigo 228 da Constituição federal pode ser perfeitamente modificado por emenda constitucional, sem qualquer problema de ordem jurídica, posto que não se trata de cláusula pétrea, nos termos da doutrina, literatura moderna e do sistema legal constitucional pátrio e internacional.

Cabe ao Ministério Público proteger e tutelar os Direitos Humanos e fundamentais da cidadania, quanto as cláusulas pétreas, ante a incumbência constitucional da instituição na proteção do regime democrático e dos direitos indisponíveis (art. 17 “caput” CF). Seus membros são verdadeiros Ombudsman, Promotores e Procuradores dos Direitos Humanos, na qualidade de paladinos da justiça e advogados da sociedade por excelência.

O Ministério Público é a instituição essencial à função jurisdicional do Estado (art. 127 “caput” CF), incumbida da promoção da ação penal em crime de natureza pública, sendo titular exclusivo e dominus litis do ius perseguendi estatal (art. 129, inc. I CF), tem atribuições legais para a propositura de ação ex delicto, para assegurar os direitos das vítimas de crime (MAIA NETO, Cândido Furtado, in “O Promotor de Justiça e os Direitos Humanos”; ed. Juruá, Curitiba, 2003).

Note-se que, quanto as infrações praticadas por menores, a clausula 19 das Diretrizes Básicas à Função dos Membros do Ministério Público, aprovadas no Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento do Delinquent (Havana/Cuba, 1990), é clara e estabelece taxativamente o seguinte:

“Nos países onde os magistrados do Ministério Público estão investidos de poderes discricionários devem poder decidir se convém, ou não, encetar um processo contra um menor, deve ser dada uma atenção particular à natureza e à gravidade da infração, à proteção da sociedade, à personalidade e aos antecedentes do menor. Quando tomam uma decisão os magistrados do Ministério Público devem ter em especial atenção as soluções consagradas pela legislação e pela jurisprudência aplicáveis aos menores. Esforçar-se-ão por não encetar quaisquer procedimentos judiciais contra menores senão quando tal se mostre absolutamente necessário” (grifos nossos).

Não é possível e muito menos admissível que membros do Parquet, violem cláusulas pétreas, porque estariam cometendo o mais bárbaro dos ilícitos – lesa humanidade - contra a própria cidadania brasileira, quebrando o Estado de Direito e o regime democrático, configurando abuso de poder (Declaração sobre os Princípios Fundamentais de Justiça para as Vítimas de Delitos e do Abuso de Poder – Resolução nº 40/34, 1985, ONU) e de autoridade (Lei nº 4.898/65).

Historicamente, a respeito das cláusulas pétreas nas Cartas Magnas brasileira, pode-se afirmar que na Constituição do Império (artigo 178), estava expresso: "é só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos, e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos; tudo o que não é constitucional pode ser alterado, sem as formalidades referidas pelas legislaturas ordinárias."

Nenhuma outra Constituição pátria faz menção à cláusulas pétreas referente aos direitos individuais do cidadão. Nas Cartas Magnas de 1891, 1934, 1967 e 1969, a clausula pétrea é a forma republicana federativa. E as Constituições de 1937 e 1946, não expressam qualquer ressalva ao poder de reforma.

Não se pode dizer que direitos análogos são categorias de cláusulas pétreas para os fins de considerar dispositivo não constante no art. 60, § 4º e incisos I ao IV do Texto Maior. É fazer interpretação equivocada e defesa pela própria Constituição e doutrina constitucional, onde somente se permite a interpretação restritiva ou taxativa e não extensiva ou ampliativa, para se embutir dispositivo não alcançado como tal, ou seja na categoria de clausula pétrea.

A interpretação constitucional extensiva permitida é a do § 2º do art. 5º que permite a inclusão dos Tratados e instrumentos internacionais de Direitos Humanos, como garantia fundamental individual (grifo nosso), nada mais.

Nenhum dos instrumentos internacionais referente a criança ou adolescente, proíbe taxativamente que menor de 18 anos a idade, não pode ser julgado pelo Justiça Penal Comum, pelo contrário apenas faz referência e ressalva para que nas legislações nacionais conste um sistema diferenciado de julgamento e processamento e na hipótese de condenação, seja o menor colocado em estabelecimento distinto daqueles destinados à maiores (MAIA NETO, Cândido Furtado, in Responsabilidade e Justiça Criminal", Revista Prática Jurídica; Ano II, n.15; ed. Consulex, Bsb-DF, Junho/2003).

A interpretação da norma constitucional deve ser obrigatoriamente restritiva, não permite ilações, do contrário estaria ofendendo flagrantemente a ordem legal, o pacto nacional e o processo constituinte que é soberano e imperativo. Na teoria constitucional têm-se que os princípios da representação popular, soberania e validade hierárquica das normas, no sistema democrático norteiam a legitimidade jurídica e a legalidade da assembléia constituinte; desde a sua criação, discussão, até o ato último, ou seja, a aprovação final da Carta Magna via referendun popular. Tudo isto quer dizer: "nenhum legislador ordinário ou jurista - diga-se, os operadores do direito -, possuem poder ou autorização legal para interpretar dispositivo da Constituição, alargando ou ampliando o texto que foi

taxativamente descrito pelo legislador e devidamente aprovado, para atender momentaneamente interesse próprio ou de grupo, visando esta ou aquela situação fática ou de direito; assim, o previsto taxativamente possui valor e o não expresso não existe, portanto este tipo de interpretação é proibida”.

(*) Professor Pesquisador e de Pós-Graduação (Especialização e Mestrado). Associado ao Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Pós Doutor em Direito. Mestre em Ciências Penais e Criminológicas. Expert em Direitos Humanos (Consultor Internacional das Nações Unidas – Missão MINUGUA 1995-96). Promotor de Justiça de Foz do Iguaçu-PR. Membro do Movimento Nacional pro Ministério Público Democrático (MPD). Secretário de Justiça e Segurança Pública do Ministério da Justiça (1989/90). Assessor do Procurador-Geral de Justiça do Estado do Paraná, na área criminal (1992/93). Membro da Association Internationale de Droit Pénal (AIDP). Conferencista internacional e autor de várias obras jurídicas publicadas no Brasil e no exterior. E-mail: candidomaia@uol.com.br