



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO**

RAFAEL BARCELAR CANECA

**A SUBMISSÃO DO BRASIL AO TRIBUNAL PENAL
INTERNACIONAL**

**Fortaleza - Ceará
2007**

RAFAEL BARCELAR CANECA

A SUBMISSÃO DO BRASIL AO TRIBUNAL PENAL
INTERNACIONAL

Monografia de conclusão de Curso, apresentada como exigência parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Nélida Cervantes.

Fortaleza – Ceará
2007

RAFAEL BARCELAR CANECA

A SUBMISSÃO DO BRASIL AO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Monografia submetida à apreciação, como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de bacharel em Direito, concedido pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

Aprovada em 13 de dezembro de 2007.

BANCA EXAMINADORA:

Professora Nélida Astezia Cervantes
Orientadora/ Presidente da Banca Examinadora

Professor William Paiva Marques Júnior
1º Examinador

Professor Gustavo Brígido Bezerra Cardoso
2º Examinador

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Arnóbio e Analuce, que me possibilitam realizar cada sonho desejado.

Às minhas irmãs, Luciana e Juliana, pela amizade, cumplicidade, carinho e amor cotidianos.

Aos meus amigos da SONU – Simulação da Organização das Nações Unidas, pela compreensão e constante apoio.

À amiga Rebeca Kataoka, que sempre acreditou em mim e me propiciou grandes descobertas e aprendizado nessa caminhada.

A todos os meus amigos.

AGRADECIMENTOS

À Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, por me haver proporcionado a oportunidade de subir um degrau na busca de um mundo mais justo.

À Professora Nélida Cervantes, por ter sempre me assistido quando a procurei buscando orientação e por haver despertado, em mim, o interesse em Direito Internacional.

Ao Professor William Paiva Marques Junior, por todo o aprendizado em Direito Administrativo II e por aceitar fazer parte da banca examinadora deste trabalho monográfico.

Ao Professor Gustavo Brígido, por todo o aprendizado em Política Internacional e pela ajuda neste trabalho monográfico.

Às amigas Rebeca, Flávia e Cristina, pelas imensuráveis ajudas neste trabalho.

Aos amigos conquistados em simulações internacionais (SONU e SOI), não só pela amizade como também pelo aprendizado obtido.

Agradeço, ainda, a toda a minha família, amigos e professores, pois, sem seu apoio, jamais teria obtido mais esta conquista.

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Artigo Primeiro da Declaração Universal dos Direitos do Homem

RESUMO

O ideal de uma paz durável tem sido visado por todas as Nações e por um grande número de instituições nacionais e internacionais. Deve-se destacar, neste âmbito, a atuação da Organização das Nações Unidas – ONU, ao instituir um Tribunal Penal Internacional. Em sua busca por atingir estes ideais, contudo, o TPI tem encontrado diversas dificuldades e alguns obstáculos. Dentre eles, observa-se que alguns países apresentam óbices à implementação do Estatuto de Roma, alegando inconstitucionalidade nos seus dispositivos. Assim, a fim de se analisar e se compatibilizar o ordenamento jurídico interno e o internacional, têm sido realizados esforços no sentido de que se aceite a jurisdição do TPI no maior número possível de países. Destarte, debate-se sobre a constitucionalidade de diversos dispositivos, estudando-se a submissão do Brasil ao TPI.

Palavras-chave: Direito Internacional. Tribunal Penal Internacional. Constitucionalidade. Ratificação. Estatuto de Roma.

RESUMEN

La idea de una paz permanente ha sido buscada por todas las naciones y por un gran número de instituciones nacionales e internacionales. Hay que destacar, en este ámbito, la actuación de la Organización de las Naciones Unidas - ONU, al instituir la Corte Penal Internacional. En su trabajo para atingir estos ideales, todavía, la CPI ha encontrado muchas dificultades, como los obstáculos que algunos países imponen para implementar el Estatuto de Roma, al alegar inconstitucionalidad en sus artículos. De esta manera, a fin de estudiar y se compatibilizar el derecho interno y el internacional, han sido depreendidos esfuerzos para que la jurisdicción de la CPI sea aceptada por un número cada vez más grande de países. Por fin, se discute la constitucionalidad de algunos artículos, se estudiando la submisión de Brasil a la CPI.

Palabras llave: Derecho Internacional. Corte Penal Internacional. Constitucionalidad. Ratificación. Estatuto de Roma.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL	13
1.1 Evolução histórica	13
1.1.1 Antecedentes históricos	13
1.1.2 Tribunais Militares: Nüremberg e Tóquio	14
1.1.3 Tribunais “ad hoc”: Antiga Iugoslávia e Ruanda	16
1.1.4 A Conferência de Roma e o Tribunal Penal Internacional	17
1.2 Funcionamento do Tribunal	19
1.2.1 Composição	19
1.2.2 Financiamento	20
1.2.3 Competência	22
2 O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	24
2.1 O processo legislativo e das emendas à Constituição e a incorporação do Estatuto de Roma	24
2.1.1 As emendas à Constituição brasileira	30
2.2 As reservas ao Estatuto de Roma	32
2.3 Direitos e garantias fundamentais	35
2.3.1 Noções gerais	35
2.3.2 Diferença entre direitos e garantias	37
2.3.3 Alguns dos direitos fundamentais protegidos pelo Direito brasileiro e o tratamento a eles internacionalmente conferidos	37
2.4 Penas permitidas pela legislação brasileira e as penas aplicáveis no TPI	41
2.4.1 A pena de prisão perpétua	41
2.5 Extradicação e entrega de pessoas	47
2.5.1 Definição de extradicação	47
2.5.2 Definição de entrega	48
2.5.3 Possibilidade da entrega de nacionais ao TPI	49
2.6 Imprescritibilidade de crimes	51
2.7 Princípio da complementaridade	53
2.7.1 Coisa julgada	53
2.7.2 Anistia	56
CONSIDERAÇÕES FINAIS	59
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	61
ANEXO	64
Voto do Min. Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário n.º 466.343-1 / SP	65

INTRODUÇÃO

O velho sonho do estabelecimento de uma jurisdição internacional, aspiração da humanidade há tanto tempo, que persiga e puna os grandes criminosos responsáveis por crimes de proporções inimagináveis, tornou-se realidade no final do século XX. Mais precisamente em 1998, quando foi aprovado, em Roma, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional (TPI), com seus 128 artigos.

Delegações compostas por vários países – incluído o Brasil – colaboraram com a elaboração destas normas, que tratam da criação, estabelecimento, funcionamento e outros temas concernentes a uma Corte Criminal permanente com âmbito de atuação internacional.

Após a Segunda Guerra Mundial, foi de grande colaboração para a criação desta Corte a implantação do famoso Tribunal de Nüremberg (1945) e do Tribunal Internacional de Tóquio (1946). Os rastros de morte e injustiça deixados por esta guerra não poderiam, jamais, ter sido ignorados, razão pela qual estes tribunais funcionaram até mesmo como forma de retratação às vítimas das atrocidades cometidas.

Indubitavelmente, a II Guerra Mundial transformou-se em um marco na história mundial, devido à violência empregada, às proporções tomadas, ao número de vítimas, à polarização que deu início a uma nova fase mundial – a Guerra Fria – e a outros fatores daí decorrentes, como a construção da hegemonia estadunidense sobre o mundo e o fortalecimento de células terroristas. Inesquecíveis, até mesmo, para as gerações seguintes, são as cenas e histórias de massacres, principalmente para os judeus e demais povos que vivenciaram o conflito de perto.

No entanto, é forçoso perceber que não só as grandes guerras ocorridas dentro de um contexto mundial fizeram (e continuam fazendo) vítimas inocentes pelo mundo. Na metade do século posterior ao segundo conflito mundial, puderam ser contabilizados mais de 250 conflitos armados, que culminaram com a morte de mais de 170 milhões de pessoas.

A partir de uma reflexão mais aprofundada sobre a conjuntura mundial, foi possível a realização da Conferência de Roma, em 1998, culminando com a criação do TPI. Sua idéia é punir indivíduos que desrespeitem os direitos humanos e inibir,

pela sua própria existência, ações criminosas internacionais, vez que inexistia mecanismo eficaz para que se cumprissem as leis internacionais e se punissem os indivíduos que praticassem genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e agressão.

O TPI já é uma realidade, mas necessita estar em pleno funcionamento para que a população mundial não mais assista aos horrores proporcionados por tantas guerras e conflitos. Como bem salientado pelo ex-Secretário-Geral da ONU, Kofi Annan, em discurso proferido na abertura da Assembléia-Geral, em 2002, após a entrada em vigor do TPI: “a entrada em vigor do Estatuto do Tribunal Penal Internacional foi um passo adiante sem precedentes na busca da ordem e justiça mundiais. Foi, também, responsável por espalhar, pelo mundo, que o respeito aos tratados e leis internacionais é essencial para a segurança, estabilidade e progresso da humanidade”¹.

Por conseguinte, o presente estudo monográfico tem por objetivo analisar as prováveis contradições existentes entre o Estatuto do TPI e o ordenamento jurídico pátrio, a fim de se verificar se o tratado internacional em questão, ao ser ratificado pelo Estado brasileiro, incorre ou não em inconstitucionalidade.

Com o intuito de alcançar um desenvolvimento lógico e sistematizado, o estudo divide-se em dois capítulos, cada qual com um plano de abordagem próprio.

No capítulo primeiro desse trabalho, buscar-se-á explicar a formação histórica do TPI, analisando-se seus antecessores; bem como o seu funcionamento, com ênfase na composição, no financiamento e na competência.

O segundo capítulo, por sua vez, versará sobre o TPI e o ordenamento jurídico brasileiro. Nesse extenso capítulo, procurar-se-á estudar os possíveis obstáculos à implementação do Estatuto de Roma no Direito brasileiro, como a questão da extradição/entrega de nacionais, a pena de prisão perpétua, a imprescritibilidade de certos crimes e o princípio da complementaridade, desdobrado na coisa julgada e na anistia.

¹ Tradução livre de: “The entry into force of the Statute of the International Criminal Court was an unprecedented step forward for world order and justice. There was also increasingly widespread recognition that respect for international treaties and international law is essential for human security, stability and progress”. Disponível em: < <http://daccess-ods.un.org/TMP/824363.2.html> > Acesso em 09 set. 2007.

O presente trabalho usará metodologia caracterizada como um estudo descritivo analítico, desenvolvido através de pesquisa bibliográfica. Relativamente à tipologia, esta será, segundo a utilização dos resultados, pura. No tocante à abordagem, será de forma qualitativa. Por fim, quanto aos objetivos da pesquisa, buscar-se-á ser descritiva e explanatória. Considerando-se a interdisciplinaridade da ciência jurídica, buscar-se-á, em diversos ramos jurídicos, como o direito constitucional, o internacional e o penal, a fundamentação teórica deste trabalho.

Cumprido, por fim, fazer a advertência de que não há, aqui, qualquer pretensão de criatividade. O interesse está apenas em proceder a uma análise da orientação doutrinária existente a respeito da matéria no País.

1 O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

1.1 Evolução histórica

1.1.1 Antecedentes históricos

Modernamente, a idéia de uma corte penal internacional permanente decorre do repúdio às atrocidades cometidas durante a Primeira Guerra Mundial. Não se deve, no entanto, desconsiderar outros antecedentes históricos, na tentativa de implantar uma jurisdição penal internacional permanente.

Em consequência da Primeira Guerra Mundial, foram traçados alguns esboços de instrumentos – pactos, tratados – no sentido de punir os responsáveis pelos crimes cometidos durante os conflitos. Nesse sentido, foi criada, pelos Estados Aliados, em 1919, a *Commission of the Responsibilities of the Authors of the War and the Enforcement of Penalties for Violations of the Laws and Costume War*. A referida comissão tinha como função investigar o massacre armênio cometido pelos militares turcos durante a Primeira Guerra. Assim, foi recomendado que os responsáveis fossem julgados, surgindo, nesse contexto, a noção de crimes contra a humanidade.²

Ainda nesse diapasão pós-Primeira Guerra, ressalte-se que os Aliados não criaram o Tribunal previsto pelo Tratado de Versalhes, que puniria os nacionais alemães pelos crimes de guerra.

A deficiência dos julgamentos pode ser comprovada com a criação de uma lei alemã, que concedia competência exclusiva à sua corte (*Richgericht*) de Leipzig, para julgar os crimes de guerra cometidos pelos seus nacionais.

Embora não tendo havido um efetivo julgamento dos responsáveis pelas atrocidades cometidas nesse período histórico, é relevante a colaboração da noção de crimes contra a humanidade para o florescimento de uma jurisdição penal internacional, bem como de uma corte penal internacional, que evoluiu substancialmente com o estabelecimento dos Tribunais Militares de Nuremberg e Tóquio.

² CALETTI, Cristina. Os precedentes do Tribunal Penal Internacional, seu estatuto e sua relação com a legislação brasileira. Disponível em < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3986> >. Acesso em 27 nov. 2007.

1.1.2 Tribunais Militares: Nuremberg e Tóquio

A Alemanha, após a Primeira Guerra Mundial, foi seriamente atingida pelas cláusulas do Tratado de Versalhes, que, diferentemente do objetivo de sua criação, causou revolta e elevou os ânimos dos alemães. Somem-se a isso a crise do Estado Liberal e as imposições desse Tratado, expondo o Estado germânico a humilhações pelos Estados Aliados. Desse modo, a semente do nacional-socialismo e a ascensão ao poder de Adolf Hitler encontraram um terreno propício para germinar.

As crueldades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, em especial o extermínio dos judeus pelos nazistas e as atrocidades cometidas pelos japoneses na China, contribuíram para a eclosão dos tribunais internacionais de Nuremberg e de Tóquio, respectivamente. Dessa forma, surgiu a definição de crimes internacionais próprios.

Entretanto, foi somente em 08 de agosto de 1945, durante a Conferência de Londres, que as potências vencedoras celebraram um acordo com o objetivo de fixar as regras que orientariam processos e julgamentos dos criminosos de guerra das potências vencidas. Tal acordo entre os Aliados foi denominado Carta do Tribunal Internacional Militar, mais conhecido como o Tribunal de Nuremberg.

Referido Tribunal imputou aos acusados a prática de plano comum ou conspiração – *the common plan or conspiracy*; crimes contra a paz – *crimes against the peace*; crimes de guerra – *war crimes*; e crimes contra a humanidade – *crimes against humanity*.³

Essa Corte européia regeu-se pelos princípios da responsabilidade penal por conduta própria, irrelevância de cargo oficial, responsabilidade do superior hierárquico por atos de seus subordinados, obediência devida, cumplicidade e responsabilidade por cumplicidade. Por todos esses princípios, já previstos em seu texto, pode-se afirmar que, de maneira geral, foram muitos os benefícios para uma jurisdição penal internacional legados por esse Tribunal, sendo um dos principais a sua contribuição na formulação teórica na ciência do Direito Penal Internacional.

³ Carta do Tribunal de Nuremberg. Disponível em < <http://www.derechos.org/nizkor/nuremberg/ncharter.html> >. Acesso em 27 set. 2007.

Apesar de sua contribuição na ordem internacional, o Tribunal não ficou imune às críticas, dentre as quais se destacam a violação ao princípio da reserva legal, o não-reconhecimento da responsabilidade penal dos entes coletivos, a impossibilidade da atuação do direito penal internacional sobre os atos do Estado, dentre outros.

Sobre a irretroatividade da lei penal nesse diploma, vale dizer que tal princípio não foi obedecido tendo em vista que, até então, nenhum instrumento internacional havia tipificado os crimes contra a humanidade e as respectivas sanções. Assim, foi com o advento do Tribunal de Nüremberg que tais crimes se enquadraram como tipo penal, figurando, dessa maneira, violação ao citado princípio, pois os acusados foram julgados por lei posterior.

Consideradas as críticas, deve-se atentar ao fato de que o Tribunal de Nüremberg contribuiu de forma decisiva para a criação do Direito Penal Internacional, pois, a despeito de não ter norma escrita específica, além dos princípios acima estabelecidos, essa corte conceituou os crimes de guerra e de agressão contra a humanidade, além de focalizar o indivíduo como sujeito das relações penais internacionais, fatos esses, até então, sem precedentes.

No que se refere ao Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente (Tribunal de Tóquio), teve como precedente de sua criação uma Conferência, realizada no Cairo em 1943, que objetivava punir os criminosos de guerra nipônicos. Todavia, esse Tribunal veio a ser regulamentado somente em 25 de abril de 1946 – a Carta do Tribunal de Tóquio foi promulgada em 19 de janeiro de 1946, mas as Regras de Procedimento, com as respectivas emendas, para o referido tribunal só foram promulgadas três meses depois.

O Tribunal de Tóquio possuía uma estrutura normativa similar ao Tribunal de Nüremberg. Entretanto, para evitar a polêmica enfrentada pelo Tribunal europeu, não tipificou em seu texto a conspiração. Outro aspecto que difere ambas as cortes é que o Tribunal de Tóquio somente julgou pessoas físicas, enquanto o de Nüremberg julgou, também, pessoas jurídicas.

Nos moldes do Tribunal europeu, o de Tóquio sofreu algumas críticas similares ao primeiro. Em particular, pode-se citar o caso do Imperador Hiroito, pois, embora houvesse provas incriminando-o, o Imperador não foi julgado pelo Tribunal.

Não se deve olvidar que ambos os Tribunais foram cortes de vencedores julgando vencidos. Isso se reflete no fato de que o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente foi influenciado pelos Estados Unidos, que o financiaram e impuseram rendição aos japoneses; ademais, o Comandante Supremo estadunidense podia escolher juízes e reduzir penas.

Entretanto, não só críticas podem ser feitas à Corte asiática. Assim como o Tribunal europeu, o de Tóquio contribuiu para o desenvolvimento do Direito Penal Internacional e para a idéia de responsabilidade internacional individual, amadurecidos pelos Tribunais *ad hoc* da Antiga Iugoslávia e de Ruanda.

1.1.3 Tribunais “*ad hoc*”: Antiga Iugoslávia e Ruanda

O Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia tem a sua sede em Haia, nos Países Baixos, e, como competência, cabe-lhe julgar as violações das Convenções de Genebra de 1949, às leis e aos costumes de guerra, genocídios e crimes cometidos no território da Antiga Iugoslávia, desde 1991.

Esse Tribunal, diversamente de Nüremberg, somente julga os acusados, não imputando responsabilidade penal às pessoas jurídicas. Ressalte-se, outrossim, a sua competência concorrente, um aspecto que lhe é peculiar. Dessa forma, juntamente com as cortes nacionais, possui competência para avaliar os ilícitos supracitados. Ainda nesse contexto, referida Corte tem primazia sobre as nacionais em qualquer investigação ou processo nacional, desde que seja auferido o interesse da justiça internacional.

Outro aspecto relevante desse órgão é a inexistência de julgamento *in absentia*, vez que só se inicia o julgamento com a presença física do acusado. A exemplo de indiciado por essa Corte, pode-se citar o caso mais famoso, do ex-presidente da República Federativa da Iugoslávia, Slobodan Milosevic.

No concernente ao Tribunal Penal Internacional para Ruanda, esta corte foi criada para perseguir e punir os responsáveis pelos crimes de genocídio, contra a humanidade, extermínio dos tutsis e crimes cometidos por ruandeses ou estrangeiros nesse território, além de violações contra a Convenção de Genebra.

Em verdade, esses Tribunais *ad hoc* julgaram de forma parcial, como também desrespeitaram princípios processuais do direito penal internacional em

seus julgamentos, entre outros aspectos. Todavia, apesar dos erros, contribuíram para formular a idéia de uma jurisdição penal internacional e, espelhado em seus erros, foi buscado como solução a criação de uma corte penal internacional permanente.

1.1.4 A Conferência de Roma e o Tribunal Penal Internacional

A despeito de sua importância para a ciência penal e a busca de uma justiça penal internacional eficazes, há uma particularidade no que diz respeito aos tribunais *ad hoc* supracitados: elas foram criadas não por um tratado internacional, como o TPI, mas sim por decisões do Conselho de Segurança das Nações Unidas, sob o amparo do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas (ameaças à paz e segurança internacionais), o que torna suas normas obrigatórias para todos os Estados.

Essas importantes decisões tornaram patente o vazio jurídico decorrente da inexistência de uma instância internacional independente, com base num instrumento jurídico de escopo universal, capaz de julgar responsáveis pelos crimes mais graves de interesse internacional. Os dois tribunais, constituídos por um órgão político da ONU (como é o caso do Conselho de Segurança), têm, é certo, legitimidade jurídica, mas sua jurisdição e características correspondem à natureza e circunstâncias das situações que geraram o seu estabelecimento. Por essa razão, o Brasil, ao aprovar a criação dos tribunais *ad hoc*, expressou preferência pelo estabelecimento, por tratado multilateral, de um tribunal penal internacional, imparcial, independente e universal, como instrumento fundamental para que finalmente se pudessem punir os perpetradores de tais crimes e exercer efeito preventivo e dissuasor benéfico para a paz e segurança internacionais.

Em 1994, a Comissão de Direito Internacional (CDI) submeteu à Assembléia-Geral projeto de estatuto para um futuro TPI. Em dezembro do mesmo ano, a Resolução n.º 49/53 determinou a criação de um comitê *ad hoc*, aberto a todos os Estados-membros, encarregado de examinar as principais questões substantivas e administrativas que surgissem da análise daquele projeto. Concluído o mandato desse comitê e verificada a necessidade de discussões adicionais sobre a matéria, a Assembléia-Geral convocou um Comitê Preparatório (PrepCom), que se reuniu em um total de seis períodos de sessões, de 1996 a 1998.

O PrepCom levou em conta o importante trabalho efetuado pela CDI e o projeto por ela submetido à Assembléia-Geral. No entanto, durante o curso dos debates no Comitê e na Sexta Comissão, sob a influência já da experiência com os tribunais *ad hoc* e ante a evolução da situação internacional, verificou-se a tendência a valer-se também de trabalhos e contribuições oriundos de outras fontes. Cite-se, entre estas, o chamado projeto Siracusa, elaborado pelo Comitê de Peritos do Instituto Internacional de Altos Estudos em Ciências Criminais, que se reuniu na cidade de Siracusa, em 1996, e apresentou sugestões para a incorporação ao projeto da CDI. Esse texto, circulado como documento do PrepCom, ampliava em vários aspectos o escopo do TPI, ao eliminar a cláusula de jurisdição facultativa, prever a possibilidade de iniciativa autônoma do promotor para iniciar investigações e ao atribuir maior independência em relação ao Conselho de Segurança.

O PrepCom, apesar das sérias controvérsias que marcaram suas sessões, logrou elaborar um documento de trabalho, submetido à Conferência de Plenipotenciários de Roma, que unificava, num único texto, as principais opções em debate sobre o projetado tribunal.

O Estatuto de Roma, documento de trabalho elaborado pelo PrepCom, foi aprovado pela Conferência de Plenipotenciários de Roma, criando o TPI em 17 de julho de 1998. Nessa conferência, os países decidiram pelo estabelecimento de uma Corte Criminal de âmbito internacional e permanente com o objetivo de julgar indivíduos responsáveis por crimes considerados graves a nível mundial, como o crime de genocídio, crimes de guerra, crimes de agressão, dentre outros.

A decisão, no entanto, não foi unânime. Na contagem dos votos, 120 países posicionaram-se a favor, 21 abstiveram-se e 7 foram contra, incluindo, entre os contrários, o voto de países de grande expressão política, como Estados Unidos, China, Israel, Rússia e Índia. A despeito disso, com a grande maioria dos votos a favor, o Estatuto do Tribunal foi aprovado, dependendo de 60 ratificações posteriores para que realmente entrasse em funcionamento no primeiro dia do mês seguinte a um lapso temporal de 60 dias após a data do depósito do sexagésimo instrumento de ratificação junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas⁴.

⁴ Artigo 126 – Entrada em Vigor: 1. O presente Estatuto entrará em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um período de 60 dias após a data do depósito do sexagésimo instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão junto do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas.

O TPI diferencia-se dos tribunais *ad hoc* supracitados em vários aspectos. Os tribunais para a Antiga Iugoslávia e para Ruanda não possuíam caráter permanente; foram, portanto, criados para uma tarefa específica (daí, mesmo, serem qualificados como *ad hoc*). Suas jurisdições eram limitadas ao tempo e aos territórios em questão, sem o propósito de abordarem violações que ocorressem em outras partes do mundo ou em outros tempos^{5,6}.

Por seu turno, a Corte Penal Internacional é permanente, com sede estabelecida em Haia (Holanda), e não conta com restrições territoriais ou temporais. Os crimes previstos em sua legislação são, sequer, passíveis de prescrição. Ademais, o TPI tem capacidade para atuar de maneira mais rápida e eficaz que um tribunal *ad hoc*. A idéia central é que a tão-só existência do Tribunal seja um fator inibidor da ação dos criminosos, que quase sempre não são submetidos a nenhuma punição, devido aos altos cargos políticos e/ou militares que ocupam em seus países.

Dessa forma, após a análise histórica da formação do TPI, importante estudar o seu funcionamento, com a respectiva composição, financiamento e crimes de sua competência.

1.2 Funcionamento do Tribunal

1.2.1 Composição

O TPI é formado por 18 juízes⁷, eleitos para representar o seu Estado-membro nessa corte, não podendo haver mais de um juiz de mesma nacionalidade. Os órgãos que o compõem são os seguintes: Presidência; Câmara; Assembléia dos Estados Partes; Registro; Promotoria; e Secretaria⁸.

⁵ Artigo 8º. Competência *ratione loci* e competência *ratione temporis*: A competência *ratione loci* do Tribunal Internacional abrangerá o território da antiga República Federal Socialista da Iugoslávia, incluindo o seu espaço terrestre e aéreo e as suas águas territoriais. A competência *ratione temporis* do Tribunal Internacional abrangerá o período com início a 1º de Janeiro de 1991.

⁶ Artigo 7º. Competência *ratione loci* e competência *ratione temporis*: A competência *ratione loci* do Tribunal Internacional para Ruanda abrange o território de Ruanda, incluindo o seu espaço terrestre e aéreo, bem como o território dos Estados vizinhos no que diz respeito a violações graves ao direito internacional humanitário cometidas por nacionais de Ruanda. A competência *ratione temporis* do Tribunal Internacional para Ruanda abrange o período compreendido entre 1º de Janeiro de 1994 e 31 de Dezembro de 1994.

⁷ Ressalte-se, apenas para ilustrar, que o Estatuto do TPI, em seu art. 36, n. 8, alínea a, iii, dispõe que a composição do Tribunal deverá incluir uma representação justa de juízes do sexo feminino e do sexo masculino.

⁸ Art. 34 – Órgãos do Tribunal: O Tribunal será composto pelos seguintes órgãos:
a) A Presidência;

A Presidência é formada por um Juiz-Presidente e por dois vice-presidentes, todos juízes do Tribunal, eleitos por maioria absoluta. Tal órgão é encarregado da administração dos demais, com exceção da Promotoria.

As Câmaras, por sua vez, dividem-se em Câmara de Questões Preliminares, Câmara de Julgamento e Câmara dos Recursos. Possuem o papel de orientar o procedimento na fase de pré-julgamento e de julgamento perante a Corte.

Por seu turno, a Assembléia dos Estados Partes tem como função estabelecer diretrizes para manter a atualização do sistema penal internacional e decidir sobre a faculdade de alterar o número de juízes e sobre o orçamento, dentre outras.

A Secretaria, assim como o Registro, são órgãos administrativos; este terá como titular um oficial notário, enquanto aquela é responsável pelas notificações de cada Estado, sendo o elo de comunicação com eles.

A Promotoria, por fim, funciona em separado ao Tribunal. Antes do documento final da Conferência de Roma, cabia aos Estados e ao Conselho de Segurança das Nações Unidas denunciar os crimes. Todavia, buscando evitar a politização e, conseqüentemente, julgamentos parciais, optou-se pela investigação *ex officio* do Promotor. Quanto à politização, deve-se ater ao financiamento da Corte para uma análise detalhada.

1.2.2 Financiamento

O Estatuto do Tribunal, em seu capítulo XII (arts. 113 a 118), refere-se ao seu financiamento. Dessa forma, aborda o art. 115⁹ que as despesas do Tribunal e da Assembléia dos Estados Partes, incluindo a Mesa e seus órgãos subsidiários, desde que inscritas no orçamento aprovado pela Assembléia, serão financiadas pelas quotas dos Estados Partes e pelos fundos oriundos da Organização das

b) Uma Seção de Recursos, uma Seção de Julgamento em Primeira Instância e uma Seção de Instrução;

c) O Gabinete do Procurador;

d) A Secretaria.

⁹ Art. 115 – Fundos do Tribunal e da Assembléia dos Estados Partes: As despesas do Tribunal e da Assembléia dos Estados Partes, incluindo a sua Mesa e os seus órgãos subsidiários, inscritas no orçamento aprovado pela Assembléia dos Estados Partes, serão financiadas:

a) Pelas quotas dos Estados Partes;

b) Pelos fundos provenientes da Organização das Nações Unidas, sujeitos à aprovação da Assembléia Geral, nomeadamente no que diz respeito às despesas relativas a questões remetidas para o Tribunal pelo Conselho de Segurança.

Nações Unidas, sujeitos à aprovação da Assembléia-Geral e, no tocante a essa Corte, pelo Conselho de Segurança.

O TPI é um Tribunal formado por particulares – Estados signatários – que, como tais, o financiam. Desse ponto de vista, é inevitável o questionamento sobre a imparcialidade dos julgamentos, vez que, se um Estado-membro, colaborador econômico desse órgão, tiver, *v. g.*, um Chefe de Estado sob julgamento desse Tribunal, é indagável a efetividade do julgamento.

Coaduna, também, com o entendimento o disposto no art. 117¹⁰ do texto em epígrafe, que diz serem as quotas dos Estados Partes calculadas de acordo com uma tabela de quotas, desde que haja sido acordada, baseada na tabela de quotas para o orçamento ordinário das Nações Unidas.

Percebe-se, assim, que as quotas dos Estados signatários são distintas, levantando-se, desse modo, também a possibilidade de haver influência e pressão econômica, por parte dos países de maior contribuição, nas atividades do Tribunal.

Sobre o assunto, opina Paulo César Busato, afirmando que o TPI não é imune ao poder econômico e político. O referido autor vai além, quando assevera serem alguns organismos relacionados às Nações Unidas, a exemplo do Fundo Monetário Internacional, interventores nesse Tribunal, *in verbis*:

O que parece presente é uma fragmentação às avessas, onde a seleção de intervenção não escolhe os pontos essenciais de gravidade do fato, mas os pontos débeis segundo o critério de força político-econômica do agente.¹¹

A solução mais adequada para esse problema seria a distribuição equitativa das quotas, de forma a evitar que determinados Estados pagassem mais do que outros e se encontrassem no direito de fazer pressão econômica nos trabalhos da Corte.

1.2.3 Competência

Outro ponto que merece análise é a competência do TPI. Preliminarmente, ao adentrar o assunto propriamente dito, deve-se mencionar sobre

¹⁰ Art. 117 – Cálculo das Quotas: As quotas dos Estados Partes serão calculadas em conformidade com uma tabela de quotas que tenha sido acordada, com base na tabela adotada pela Organização das Nações Unidas para o seu orçamento ordinário, e adaptada de harmonia com os princípios nos quais se baseia tal tabela.

¹¹ BUSATO, Paulo César. Tribunal Penal Internacional e Expansão do Direito Penal. In Revista dos Tribunais, v. 809. Brasília, mar. 2003, p. 430.

os princípios do direito penal consagrados por essa Corte. Nesse sentido, o Estatuto do TPI, para nortear a sua atuação, previu, no rol dos seus arts. 22 a 33, os seguintes princípios: *nullum crime sine lege*; *nulla poena sine lege*; irretroatividade; responsabilidade criminal individual; exclusão da jurisdição relativamente a menores de 18 anos; irrelevância da função social; responsabilidade dos chefes militares e outros superiores hierárquicos; imprescritibilidade; elementos de intencionalidade; circunstâncias excludentes da responsabilidade criminal; erro de fato ou erro de direito; e ordens superiores e disposições legais.

Os crimes sob a jurisdição do Tribunal Penal Internacional encontram-se descritos na letra do art. 5, n. 1, “a” a “d” do seu Estatuto. Assim, mencionada Corte possui competência para processar e julgar: crimes de genocídio; crimes contra a humanidade; crimes de guerra e crimes de agressão, *in litteris*:

Art. 5º – Crimes da Competência do Tribunal

1. A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes:

- a) O crime de genocídio;
- b) Crimes contra a humanidade;
- c) Crimes de guerra;
- d) O crime de agressão.

Os três primeiros crimes encontram-se definidos e tipificados entre os arts. 6º e 8º do referido Estatuto. No que concerne ao último – crime de agressão –, não obteve uma definição precisa pela Corte, o que decorre das falhas e lacunas no Direito Internacional sobre esse tema, conforme se pode verificar do art. 5º, n. 2:

Art. 5º – Crimes da Competência do Tribunal

(...)

2. O Tribunal poderá exercer a sua competência em relação ao crime de agressão desde que, nos termos dos artigos 121 e 123, seja aprovada uma disposição em que se defina o crime e se enunciem as condições em que o Tribunal terá competência relativamente a este crime. Tal disposição deve ser compatível com as disposições pertinentes da Carta das Nações Unidas.

Ressalte-se, ainda, que no projeto do Estatuto foi prevista a competência para os crimes de tráfico de drogas e substâncias psicotrópicas, o terrorismo e os crimes contra as Nações Unidas e pessoas a esse organismo associadas. No entanto, tais delitos não foram incorporados pelo documento final. Sobre a exclusão dos crimes de tráfico de drogas e substâncias psicotrópicas do documento final, assevera Marrielle Maia:

Mesmo no estágio preparatório, não houve consenso entre as delegações sobre a inclusão desses crimes no próprio projeto do Estatuto. Mais especificamente, no caso do tráfico de entorpecentes, algumas delegações expressaram que, como possui uma dimensão internacional com sérias conseqüências para a população mundial, esse delito deveria constar entre os crimes de competência *ratione materiae* do Tribunal. No entanto, prevaleceu a visão da maioria, que considerava que os referidos delitos, além dos problemas de definição, requeriam um planejamento longo para investigação, infiltração nas organizações envolvidas, imunidade para alguns dos envolvidos, os quais poderiam ser mais bem investigados e processados por autoridades nacionais em acordos de cooperação distintos do TPI.¹²

No tocante à última espécie – crimes contra as Nações Unidas e pessoas a esse organismo associadas –, foi parcialmente incorporada aos crimes de guerra, configurando, de certo modo, o Estatuto. Ainda que não codificados, a resolução anexa ao Ato Final da Conferência de Roma reconhece como delitos de suma gravidade, não afastando a possibilidade de, futuramente, adentrarem o rol dos crimes de competência dessa Corte.

De outro modo, no que concerne à competência *ratione temporis*, prevê a Carta de Roma, no seu art. 11, a competência do Tribunal para punir crimes ocorridos após a sua entrada em vigor, diferença fundamental em relação aos tribunais militares e *ad hoc* anteriormente criados.

¹² MAIA, Marrielle. Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.p. 85-86.

2 O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 O processo legislativo e das emendas à Constituição e a incorporação do Estatuto de Roma

A Constituição Federal de 1988 define uma seqüência de atos que devem ser realizados pelos órgãos legislativos para que se formem as espécies normativas previstas no seu art. 59, quais sejam: emendas constitucionais, leis complementares e ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções.

O devido processo legislativo deve ser observado ao se elaborar essas espécies normativas, vez que, em consonância com o princípio da legalidade, consagrado constitucionalmente, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”¹³, ou seja, senão em virtude de espécie normativa devidamente elaborada pelo Poder competente, obedecidas as normas de processo legislativo constitucional. A Carta Magna, dessa maneira, determina quais os órgãos e os procedimentos de criação das normas gerais.

Caso sejam desrespeitadas essas normas, incorrer-se-á em inconstitucionalidade formal da lei ou do ato normativo produzido, e o Poder Judiciário poderá exercer pleno controle repressivo de constitucionalidade, seja pelo método difuso, seja pelo concentrado.

No que tange aos tratados internacionais, seu processo de formação se inicia com os atos de negociação, conclusão e assinatura do tratado, que são competência do órgão do Poder Executivo (ressalvando-se as hipóteses da carta de plenipotenciários e das delegações nacionais). A negociação do tratado deve ser acompanhada por funcionário diplomático, que aprova a estrutura regimental e indica a natureza e competência do Ministério das Relações Exteriores. A Consultoria Jurídica do Itamaraty e a Divisão de Atos Internacionais devem aprovar o texto final do ato internacional, e, uma vez assinado o tratado pelo Chefe do Executivo, o Legislativo deverá apreciá-lo e aprová-lo. Sendo aprovado o tratado, ele retorna ao Poder Executivo para a sua ratificação. Após, o seu instrumento deverá

¹³ Art, 5º, II, CF/1988.

ser depositado em órgão que assuma a sua custódia, cuja notícia o depositário dará aos demais pactuantes.¹⁴

No caso brasileiro, o Decreto n.º 4.388, de 25 de setembro de 2002, de lavra do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, determinou a ratificação e a conseqüente incorporação do Estatuto de Roma ao ordenamento jurídico brasileiro, após a aprovação do Congresso Nacional no Decreto Legislativo n.º 112, de 6 de junho do mesmo ano.

Quanto à incorporação de tratados no ordenamento jurídico brasileiro, ela consiste em um processo pelo qual uma norma jurídica de Direito Internacional deve ser instrumentalizada no âmbito interno para que ela possa ser executada e, por conseguinte, para que o Estado, dentro da sua própria soberania, consiga cumprir uma obrigação internacional. Há duas teorias que explicam essa incorporação.

Para a teoria dualista, há duas ordens jurídicas, ou seja, as normas de direito internacional e de direito interno manter-se-iam em esferas diferentes. Os que defendem esta teoria dizem que uma norma não prevaleceria sobre a outra; haveria uma harmonia entre elas, cada uma em seu âmbito de validade. Decorre da teoria dualista a Teoria da Incorporação, segundo a qual uma norma internacional deveria ser incorporada pelo direito interno, o que a tornaria norma interna.

Assim, considerando os ditames da teoria dualista, as normas internacionais e nacionais jamais se chocariam caso não fossem internalizadas. A necessidade de internalização das normas internacionais fez com que os teóricos do dualismo se subdividissem em duas vertentes: o dualismo radical e o moderado.

O dualismo radical sustenta que as normas internacionais devem ser internalizadas através de uma lei *stricto sensu*. Por outro lado, segundo os dualistas moderados, a promulgação do decreto pelo Chefe do Executivo é suficiente para que ocorra a incorporação. Vale ressaltar que, em caso de conflito posterior à internalização, o conflito será entre normas de um mesmo ordenamento jurídico nacional e não mais uma contradição entre norma internacional e norma interna¹⁵.

¹⁴ Ressalte-se, por oportuno, que, não tendo o Estado participado das negociações do tratado, nem tampouco de sua assinatura, mas desejando dele se tornar parte, poderá fazê-lo através da adesão, que possui a mesma natureza jurídica da ratificação. Promulgado o tratado por decreto presidencial, segue-se a publicação do texto em português no Diário Oficial. É neste momento que o tratado adquire executoriedade no ordenamento jurídico interno.

¹⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direitos Humanos, constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira. São Paulo: Juarez de

Contrariamente, a teoria monista sustenta que só existe uma ordem jurídica formada tanto pelo direito interno, quanto pelo internacional. A dúvida que surgiu entre os seguidores dessa teoria foi quanto à questão da hierarquia, ou seja, qual Direito estaria em um patamar superior. Assim, essa teoria foi subdividida.

Por um lado, existem monistas que pregam a primazia do direito internacional sobre o direito nacional, como foi o caso do jurista austríaco Hans Kelsen¹⁶. Por outro, existem alguns teóricos que sustentam a primazia do direito interno. Nesse caso, a soberania de cada Estado é absoluta. Uma norma internacional, mesmo sendo integrada ao direito interno, fica sujeita à ordem jurídica estatal, pois é a Constituição do Estado que estabelece os procedimentos que devem ser seguidos para a celebração dos tratados. Em outras palavras, as regras para internalização são estabelecidas pela Constituição do Estado e, por isso, as normas incorporadas são hierarquicamente inferiores a esta¹⁷.

Atualmente, apesar dos diversos estudos realizados, ainda não é possível verificar expressamente qual a teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Possivelmente, mesmo com diversos argumentos e pontos fundamentais já tendo sido apresentados por teóricos de ambas as teorias, um consenso entre estes é pouco perceptível, como bem exposto pelo entendimento do Ministro Gilmar Mendes, promulgado no Recurso Extraordinário n.º 466.343-1, no qual foi dispensada a análise detalhada das teorias monista e dualista, pois, segundo o ministro, no tocante às normas internacionais de direitos humanos, essas teorias se tornaram "ociosas" e "supérfluas".¹⁸

Deixando de lado o debate entre as teorias dualista e monista, e considerando o momento em que as normas internacionais são incorporadas no direito interno, percebe-se o surgimento da discussão sobre qual o *status* que essas normas apresentam quando incorporadas pelo ordenamento jurídico nacional.

Tendo em vista especificamente os tratados que versam sobre direitos humanos, o constituinte originário estabeleceu, no artigo 5º, parágrafo 2º, que, além dos direitos e garantias por ela assegurados, devem-se considerar também os

Oliveira, 2002, p. 118-119.

¹⁶ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Coimbra: Armênio Amado, 1984, p.437.

¹⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Op. cit.*, p. 127.

¹⁸ RE n.º 466.343 / SP, Rel. Min. Cezar Peluso. Voto proferido em 22 nov. 2006. Disponível em < <http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/re466343.pdf> >. Acesso em 10 nov. 2007.

direitos e garantias adotados pelos tratados do qual o Brasil seja parte¹⁹. Esse dispositivo constitucional suscitou dúvida quanto ao *status* das normas internacionais quando comparadas às normas constitucionais.

Após o advento da Emenda Constitucional n.º 45, de 2004, surgiram quatro posicionamentos sobre o *status* normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no Brasil. Alguns acreditam que, ao serem incorporadas, as normas internacionais apresentam caráter constitucional; outra vertente sustenta o *status* de lei ordinária, ou seja, de normas infraconstitucionais; há, ainda, os que defendem a natureza supraconstitucional das normas internacionais; e, por fim, há os que sustentam o *status* de supralegalidade das normas internacionais.

Os que defendem que as normas internacionais apresentam *status* equivalente às normas constitucionais sustentam essa possibilidade com fundamento no artigo 5º, §§ 1º e 2º da Constituição Federal. Nesse caso, a própria Carta Magna estabeleceu o valor de norma constitucional aos tratados e convenções internacionais que versam sobre a proteção dos direitos humanos. O primeiro parágrafo do artigo 5º expressa a possibilidade de aplicabilidade imediata dessas normas internacionais no plano nacional e internacional a partir da ratificação, sendo dispensada qualquer intermediação legislativa. Ademais, o § 3º do art. 5º, incluído pela EC n.º 45/2004, dispõe expressamente que

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

No entanto, esse *status* constitucional seria aplicado somente aos tratados de direitos humanos, pois, aos tratados comuns, seria aplicado o caráter de norma infraconstitucional. Segundo essa teoria, em caso de conflito entre normas de direito interno e normas de direito internacional, deve-se aplicar a norma mais benéfica para a vítima, ou seja, a quem é titular do direito. Flavia Piovesan argumenta que a teoria da paridade normativa entre normas internacionais de direitos humanos e normas nacionais não é plausível, tendo em vista que a própria

¹⁹ § 2º – Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Constituição atribuiu caráter diferenciado a essa categoria de normas internacionais.²⁰

Por outro lado, há os que acreditam que as normas internacionais ora incorporadas apresentam caráter infraconstitucional, pois não existe diferença entre tratados de direitos humanos e tratados comuns. Um dos argumentos utilizados para a não-hierarquização, ou prevalência dos tratados de direitos humanos, é que a Constituição procurou evitar ser exaustiva na enumeração dos direitos e garantias fundamentais, por isso estabeleceu expressamente que os direitos e garantias dos tratados que versam sobre direitos humanos também devem ser considerados.²¹

Nesse sentido, os tratados apresentam hierarquia equivalente às leis federais, e, em caso de confronto de leis, aplica-se o princípio *lex posterior derogat priori*.²² Além desse princípio, conforme aponta Valerio de Oliveira Mazzuoli, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal também utiliza o princípio *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali* para solucionar os possíveis conflitos.²³ Com base nesse princípio, em caso de conflito entre normas infraconstitucionais, deve-se prevalecer a norma infraconstitucional especial em detrimento da norma infraconstitucional geral. Nessa corrente, as normas dos tratados internacionais são consideradas normas infraconstitucionais gerais; por isso, as normas constitucionais prevaleceriam em caso de conflitos.

Esse era o posicionamento majoritário do STF desde o julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004, em 1977 e retomado em 1995 pelo HC nº 72.131.²⁴

A corrente em prol da supervalorização dos tratados de direitos humanos frente à Constituição Federal visa, principalmente, o progresso das relações internacionais e o cumprimento das normas internacionais pactuadas. Esse

²⁰ PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos e direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 89.

²¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à constituição brasileira de 1988, v.1, p.87 e 88. Citado por: DALLARI, Pedro B. A Constituição e tratados internacionais. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 60.

²² FRAGA, Mirtô. O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudos analíticos da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.79.

²³ *Op. cit.*, p. 203.

²⁴ Habeas corpus n.º 72.131, Min. Relator Marco Aurélio. Disponível em: < http://www.stf.gov.br/processos/processo.asp?PROCESSO=72131&CLASSE=HC&ORIGEM=AP&RECURSO=0&TIP_JULGAMENTO=M >. Acesso em: 10 dez. 2007.

entendimento aponta que as normas constitucionais não poderiam romper compromissos assumidos internacionalmente. No entanto, essa visão dificilmente seria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que, na própria Constituição, são estabelecidas possibilidades de controle do direito internacional pelo direito interno. A força constitucional e o controle interno podem ser exemplificados, por exemplo, através do poder de controle de constitucionalidade. Em outros termos, a aceitação desse *status* pelo ordenamento jurídico brasileiro é pouco provável, tendo em vista principalmente o princípio da supremacia formal e material da Constituição Federal.

Por fim, observa-se a quarta corrente, que defende o *status* da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos. Nesse caso, as normas que versam sobre a proteção dos direitos humanos apresentariam tratamento diferenciado no ordenamento jurídico. Seriam inferiores às normas constitucionais, porém teriam prevalência hierárquica quando comparadas às normas infraconstitucionais.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do já citado Recurso Extraordinário n.º 466.343 / SP (ainda não concluído), pelo voto do Min. Gilmar Mendes, soluciona a questão:

(...) parece que a discussão em torno do status constitucional dos tratados de direitos humanos foi, de certa forma, esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional no 45/2004, a Reforma do Judiciário (oriunda do Projeto de Emenda Constitucional no 29/2000), a qual trouxe como um de seus estandartes a incorporação do § 3º ao art. 5º, com a seguinte disciplina: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloqüente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais.

Não se pode negar, por outro lado, que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico.

(...)

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade.

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.²⁵

Dessa forma, sou pela interpretação do Min. Gilmar Mendes, defendendo a posição de que o Estatuto de Roma, no ordenamento jurídico brasileiro, adquiriu *status* de norma supralegal. Não há como se atribuir o caráter de emenda constitucional a esse tratado internacional, mormente pelo rito que foi obedecido para sua incorporação ao Direito interno.

No que concerne às emendas constitucionais, convém fazer uma análise dessa espécie normativa no Direito brasileiro, a fim de se confirmar a impossibilidade de se caracterizar o Estatuto de Roma com o seu *status*.

2.1.1 As emendas à Constituição brasileira

A Constituição Federal de 1988 é passível de reformas e mudanças através de seu poder constituinte derivado (também denominado pela doutrina de poder reformador)²⁶, que emana do próprio poder constituinte originário. O poder reformador tem o escopo de adaptar a norma constitucional às questões reais que surgem e se modificam ao longo dos tempos, tendo em vista a dinamicidade da vida, fazendo com que a Constituição não se torne um livro eterno, imutável, de leis ultrapassadas. Um dos seus principais objetivos, por conseguinte, é adaptar a Carta Magna às reformas sociais e temporais que ocorrem no seio da sociedade brasileira.

Ressalte-se, no entanto, que esse poder não é, de maneira alguma, ilimitado. Exercido através de emendas à Constituição²⁷, deve obedecer a alguns requisitos estabelecidos pela própria Carta da República em seu art. 60. Dispõe referido artigo:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
I – de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;
II – do Presidente da República;
III – de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.
§ 1º – A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

²⁵ RE n.º 466.343 / SP, Rel. Min. Cezar Peluso. Voto proferido em 22 nov. 2006. Disponível em < <http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/re466343.pdf> >. Acesso em 10 nov. 2007.

²⁶ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 528.

²⁷ Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I – emendas à Constituição.

§ 2º – A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º – A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º – Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I – a forma federativa de Estado;

II – o voto direto, secreto, universal e periódico;

III – a separação dos Poderes;

IV – os direitos e garantias individuais.

§ 5º – A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

A possibilidade de emenda à Constituição de 1988, então, sofre limitações de ordem procedimental, material e circunstancial. As procedimentais, consoante decorre da própria exegese do termo, dizem respeito ao procedimento que deve ser adotado para se propor uma emenda: quanto à titularidade – art. 60, I, da CF; quanto ao processamento – art. 60, §§ 2º e 3º, CF/1988.

Já as limitações circunstanciais evitam modificações na Constituição em certas ocasiões anormais e excepcionais do país, em que possa restar ameaçada a livre manifestação do órgão reformador. Busca-se afastar eventual perturbação à liberdade e à independência dos órgãos incumbidos da reforma. A atual Constituição consagra tais limitações no seu art. 60, § 1º.

Por fim, no que concerne às limitações materiais, elas excluem determinadas matérias ou conteúdo da possibilidade de reforma, visando a assegurar a integridade da Constituição, impedindo que eventuais reformas provoquem a sua destruição ou impliquem profunda mudança de sua identidade. Tais limitações podem ser explícitas ou implícitas.

As limitações materiais explícitas correspondem àquelas matérias que o constituinte definiu expressamente na Constituição como inalteráveis. O próprio poder constituinte originário faz constar na sua obra um núcleo imodificável. Tais limitações inserem-se, pois, expressamente, no texto constitucional e são conhecidas por cláusulas pétreas. Na vigente Constituição, estão prescritas no art. 60, § 4º.

As limitações materiais implícitas são aquelas matérias que, apesar de não inseridas no texto constitucional, estão implicitamente fora do alcance do poder de reforma, sob pena de implicar a ruptura da ordem constitucional. Isso porque,

caso pudessem ser modificadas pelo poder constituinte derivado, de nada adiantaria a previsão expressa das demais limitações. São, basicamente, três, a saber: a titularidade do poder constituinte originário; a titularidade do poder constituinte derivado; e o processo da própria reforma constitucional.

A intenção do legislador foi de que fossem mantidos os direitos e garantias do cidadão, a forma de Governo, a unidade federativa do Estado, a origem do poder (pelo povo) e os princípios básicos de um Estado livre adotados pelo Brasil. Dessa forma, eventual emenda constitucional que venha a introduzir a pena de morte – fora das hipóteses autorizadas pelo ordenamento jurídico pátrio – ou a prisão perpétua no Brasil não será objeto de deliberação, tendo em vista que colidirá frontalmente com o art. 5º, XLVII, da Constituição Federal.

O Estatuto de Roma prevê, claramente, a aplicação da pena de prisão perpétua; de tal sorte que, se fosse conferido o caráter de emenda constitucional a esse tratado, incorrer-se-ia claramente em inconstitucionalidade, já que seriam afrontados direitos e garantias fundamentais expressamente previstos na Carta Magna.

A solução que, muitas vezes, o Direito interno encontra é a ratificação do tratado internacional com reservas. Entretanto, conforme será explanado a seguir, essa saída não foi permitida pelo Estatuto do TPI, pelos motivos delineados no próximo tópico.

2.2 As reservas ao Estatuto de Roma

Para o ordenamento jurídico brasileiro, a competência para celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional, pertence ao Presidente da República, *ex vi* do art. 84, VIII, da Carta Magna²⁸. A despeito de estar expressamente previsto que compete privativamente ao Presidente da República o ato de celebrar tratados, importante frisar que, consoante disposto no art. 7º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, também estão autorizados a praticar atos relativos à conclusão dos tratados os Ministros das Relações Exteriores e pessoas que possuam carta de poderes outorgada – a carta de plenipotenciários – pelo Chefe do Executivo, *in verbis*:

²⁸ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

Artigo 7 – Plenos Poderes

1. Uma pessoa é considerada representante de um Estado para a adoção ou autenticação do texto de um tratado ou para expressar o consentimento do Estado em obrigar-se por um tratado se:

- a) apresentar plenos poderes apropriados; ou
- b) a prática dos Estados interessados ou outras circunstâncias indicarem que a intenção do Estado era considerar essa pessoa seu representante para esses fins e dispensar os plenos poderes.

2. Em virtude de suas funções e independentemente da apresentação de plenos poderes, são considerados representantes do seu Estado:

- a) os Chefes de Estado, os Chefes de Governo e os Ministros das Relações Exteriores, para a realização de todos os atos relativos à conclusão de um tratado;
- b) os Chefes de missão diplomática, para a adoção do texto de um tratado entre o Estado acreditante e o Estado junto ao qual estão acreditados;
- c) os representantes acreditados pelos Estados perante uma conferência ou organização internacional ou um de seus órgãos, para a adoção do texto de um tratado em tal conferência, organização ou órgão.

Após a celebração do tratado, o Presidente da República, respeitando o disposto no art. 49, I, da CF/1988²⁹, remete-o para apreciação e aprovação do Congresso Nacional. Esta última medida ocorre mediante decreto legislativo, nos termos do art. 59, VI, da Carta Magna³⁰.

Ocorrida a aprovação do tratado internacional, pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, promulgado pelo Presidente do Senado Federal e publicado no Diário Oficial da União, o Chefe do Executivo procede à ratificação, que consiste, para Celso de Albuquerque Mello³¹ e J. F. Rezek³², no ato pelo qual uma Parte Contratante informa à(s) outra(s) que se considera doravante obrigada aos termos do tratado no plano internacional. Tal propósito confirmado e reiterado é transmitido aos demais signatários, através do depósito do instrumento de ratificação, no intuito de formalizar, perante eles, o compromisso do país.

Saliente-se, por oportuno, que, em consonância com o disposto no art. 2º da referida Convenção de Viena, um Estado poderá apresentar uma reserva em relação ao tratado ratificado, que consiste, *in litteris*, em uma “declaração unilateral, qualquer que seja a sua redação ou denominação, feita por um Estado ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou

²⁹ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

³⁰ Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: (...) VI – decretos legislativos;

³¹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. Direito Internacional Público: Tratados e Convenções. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 86.

³² REZEK, J.F.. Direito Internacional Público: Curso Elementar. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 26.

modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em sua aplicação a esse Estado”.

Por conseguinte, se prevista no texto do tratado a reserva, e se o Estado acreditar que alguma disposição constante da convenção ou do tratado vá de encontro ao seu ordenamento jurídico interno, poderá ocorrer a ratificação com reservas. Esse fato possibilita que certos tratados, que colidam somente em alguns pontos, mas que estejam em consonância com relação a pontos basilares, tenham uma maior abrangência na sua ratificação.

Conforme já asseverado, o Estatuto de Roma foi fruto de anos de trabalho; a despeito de todos os estudos realizados previamente, restaram alguns aspectos conflitantes com o Direito interno de alguns países, devido, principalmente, à multiplicidade de ordenamentos no mundo, fato que demonstra a dificuldade de se alcançar, não uma unanimidade, mas pelo menos um consenso.

Neste ponto, durante as discussões do PrepCom, entendeu-se que, caso fosse permitido aos países ratificar o tratado com reservas, ele perderia a sua eficácia, saindo enfraquecido. Razão pela qual o texto do Estatuto foi bastante claro ao dispor, em seu art. 120, que “não se admitirão reservas ao presente Estatuto”.

Discute-se, por conseguinte, se a não admissão de reservas ao Estatuto se coaduna com os princípios constitucionais e internacionais estabelecidos, mormente no que concerne aos pontos não pacíficos no ordenamento jurídico brasileiro.

J. F. Rezek, ao analisar o instituto da reserva, leciona com clareza:

Mesmo entre os tratados multilaterais, alguns há que parecem não comportar reservas por sua própria natureza, e independentemente de cláusula proibitiva. (...)

Se o tratado disciplina a questão das reservas no que lhe diz respeito, a nenhuma que resulte formulada nos termos dessa disciplina pode outro Estado, em regra, responder com objeção ou com assentimento.³³

Portanto, pela própria natureza do tratado, inviável a sua aplicação eficaz caso fosse permitida a ratificação com reservas. Assim, a inadmissibilidade de reservas ao Estatuto de Roma não configura óbice à sua implementação, já que se encontra expressamente prevista no seu texto a sua impossibilidade.

³³ *Op. cit.*, p. 67 e 69.

Por outro lado, isso pode acarretar inconstitucionalidade clara entre o Estatuto de Roma e o ordenamento jurídico brasileiro, principalmente ao se analisar os direitos e garantias fundamentais assegurados pela Carta Magna e as disposições contidas no Estatuto do TPI, o que se fará adiante.

2.3 Direitos e garantias fundamentais

2.3.1 Noções gerais

Inserido entre as cláusulas pétreas está o art. 5º da Constituição, que trata dos direitos e garantias fundamentais do cidadão brasileiro. Estabelece tal artigo a igualdade perante a lei, sem distinção de credo, cor ou religião, a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país. Em seguida, enumera tais direitos e igualdades em seus setenta e oito incisos.

Os direitos e garantias fundamentais – “prerrogativas e instituições que o Direito Positivo concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”³⁴, segundo o Professor José Afonso da Silva – constituem um dos pilares do tripé do Estado de Direito, ao lado do enunciado da Legalidade e do Princípio da Separação de Poderes.

Possuem, como características, ainda de acordo com o doutrinador supracitado: (i) inalienabilidade, segundo a qual não é possível a sua transferência, a qualquer título ou forma (ainda que gratuita), tendo em vista seu conteúdo não-patrimonial; (ii) irrenunciabilidade, pois não está, sequer, na disposição do seu titular abrir mão de sua existência, mesmo que ele não os exerça; (iii) imprescritibilidade, já que não se perdem com o decurso do tempo, pois nunca deixam de ser exigíveis, vez que a prescrição é instituto próprio aos direitos patrimoniais; e (iv) universalidade, porquanto destinados a todos, independentemente de sua nacionalidade, sexo, raça ou credo.

Alexandre de Moraes, ainda, atribui mais três características: (i) efetividade, pelo qual o Poder Público deve garantir a efetivação dos direitos e garantias constitucionais; (ii) a interdependência, que demonstra as conexões entre as diversas previsões constitucionais, como, por exemplo, a liberdade de locomoção, a garantia do *habeas corpus*, bem como a previsão de prisão somente

³⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 182.

por flagrante delito ou por ordem da autoridade judicial competente; e (iii) complementariedade, pois os direitos humanos fundamentais não devem ser interpretados isoladamente, mas sim de forma conjunta com a finalidade de alcance dos objetivos previstos pelo legislador constituinte.

É importante ressaltar que nem todo direito fundamental sempre foi expressamente previsto nas Constituições, ainda que a grande maioria ali esteja, razão pela qual o próprio art. 5º contemplou o §2º com a admissão de que existiriam outros decorrentes dos sistemas adotados pelo país. Isso demonstra que o rol do art. 5º é apenas exemplificativo, já que o país pode adotar outros direitos e garantias, pois assim determina essa norma: “§2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa seja parte”.

Ainda para prestigiar sua importância, em geral, os direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º, CF), dependendo naturalmente da forma como foi enunciada pela Constituição, para que seja afirmada se a mesma será de eficácia plena ou limitada.

Ademais, pode-se reconhecer que a estrutura constitucional de 1988 tratou dos direitos fundamentais no título II de forma a separar o objeto de cada grupo. Assim: direitos individuais e coletivos (que representam os direitos do homem integrante de uma coletividade) – art. 5º; direitos sociais, subdivididos em direitos sociais propriamente ditos – art. 6º, e direitos trabalhistas – arts. 7º ao 11; direitos à nacionalidade, estabelecendo um vínculo jurídico-político entre a pessoa e o Estado – arts. 12 e 13; e direitos políticos, que são o direito de participação na vida política do Estado, o direito de votar e de ser votado ao cargo eletivo e suas condições – arts. 14 ao 17.

Todos esses temas serão sempre informados pelos conceitos básicos dos direitos e garantias fundamentais, guardando natural peculiaridade para cada um dos seus segmentos.

2.3.2 Diferença entre direitos e garantias

Distinguem-se, na doutrina constitucionalista, os direitos das garantias fundamentais. O art. 5º da CF/1988 possui normas meramente declaratórias de direitos e outras que são assecuratórias, isto é, aquelas que dão garantias – ressalte-se que os direitos e garantias também se encontram dispersas no texto constitucional (como exemplo, podem ser citados o preâmbulo e os arts. 1º a 4º, que indicam os valores básicos e o modo de interpretar a Constituição).

De acordo com Sylvio Motta e William Douglas, os direitos são bens declarados pela norma jurídica, imprescritíveis, inalienáveis, fundamentais, essenciais à vida em sociedade, ao respeito à dignidade e são normas positivas. Por outro lado, as garantias, normas assecuratórias, são deveres do Estado em face dos cidadãos e dos cidadãos em relação uns aos outros. Podem ser qualificadas como normas negativas, isto é, proibições, vedações dirigidas ao Estado e aos cidadãos.³⁵

Ainda sobre esse tema, Jorge Miranda lembra que:

os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias; os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas; as garantias só nelas se projetam pelo nexa que possuem com os direitos. Na acepção juracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se³⁶.

Dessa forma, estabelecidas as diferenças entre ambos os institutos, é necessário que se analise a proteção do ordenamento jurídico pátrio conferida a eles e o tratamento a eles feito pelo Direito internacional.

2.3.3 Alguns dos direitos fundamentais protegidos pelo Direito brasileiro e o tratamento a eles internacionalmente conferidos

O Estado brasileiro possui um histórico recente de opressões e supressões de direitos individuais, razão pela qual o constituinte, ao formular a Carta Magna de 1988, optou por incluir, no texto constitucional, diversos direitos e garantias individuais, a fim de assegurar um maior cumprimento desses preceitos na busca de uma paz e justiça social.

³⁵ MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; SANTOS, William Douglas Resinente dos. Direito constitucional: teoria, jurisprudência e 1000 questões, 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 67.

³⁶ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editoria, 1990.

A Constituição brasileira de 1988, cognominada Constituição-Cidadã, inicia-se com um título sobre os princípios fundamentais e, em seguida, introduz o Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, em que versa sobre direito à vida, à propriedade, à liberdade, à cidadania, à segurança individual, ao bem-estar e a outros.

Podem-se verificar, em análise à Constituição Brasileira, diversas referências aos direitos fundamentais, nomeadamente os humanos. O art. 1º, III, dispõe que o Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito e tem, dentre os seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana; ademais, o art. 4º, II, versa que, nas relações internacionais, o país deverá reger-se pelo princípio da prevalência dos direitos humanos fundamentais.

No âmbito internacional, o Brasil é signatário dos mais importantes tratados de direitos humanos fundamentais, tanto na esfera regional – Organização dos Estados Americanos (OEA) – como na global – Organização das Nações Unidas (ONU). Dentre esses tratados, podem-se citar o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes; e a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos.

Segundo Flávia Piovesan, a ratificação desses tratados

simbolizou o aceite do Brasil para com a idéia contemporânea de globalização dos direitos humanos, bem como para com a idéia da legitimidade das preocupações da comunidade internacional no tocante a matéria.³⁷

Entretanto, novamente de acordo com Sylvio Motta e William Douglas, há que se salientar que os direitos fundamentais são apenas cinco (à vida, à liberdade, à segurança, à igualdade e à propriedade), que se desdobram em diversas variações ao longo não só do art. 5º da Carta da República, mas de todo o seu texto.³⁸

³⁷ PIOVESAN, Flávia. A constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. In: BOUCAULT, E. A.; ARAÚJO, N. Os direitos humanos e o direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 128.

³⁸ *Op. cit.*, p. 67.

Dessa forma, o direito à vida tem como variações a proteção à integridade física e a vedação de tratamento desumano e cruel (art. 5º, III³⁹; XLVII, e⁴⁰); a proibição da pena de morte, exceto em caso de guerra declarada (art. 5º, XLVII, a⁴¹); bem como outros. O direito à liberdade desdobra-se, sem prejuízo de outros, no devido processo legal que deve ser obedecido para que se proceda ao encarceramento de alguém (art. 5º, LIV e LV⁴²) e à presunção de inocência (art. 5º, LVII⁴³).

No sistema internacional, os direitos humanos são tidos como históricos, ou seja, em contínuo movimento, que representam uma utopia em reação e em repúdio às formas de opressão, exclusão, desigualdade e injustiças. Para a concepção contemporânea de direitos humanos, na lição de Flávia Piovesan⁴⁴, há uma pluralidade de conceitos a defini-los, introduzida pela Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1948, e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993.

A Declaração Universal de 1948 nasce como resposta às atrocidades cometidas pelo nazismo durante a Segunda Guerra Mundial, como um código de princípios e valores universais a serem respeitados pelos Estados, demarcando que os direitos humanos são direitos universais.

Dessa forma, é fortalecido o entendimento de que a proteção de direitos humanos não deve se restringir apenas ao domínio reservado do Estado, já que revela tema de legítimo interesse internacional, razão pela qual não deve se reduzir à competência nacional exclusiva ou à jurisdição doméstica exclusiva.

As conseqüências disso, ainda segundo Flávia Piovesan, são duas: (i) a soberania estatal, antes absoluta, passa a sofrer uma relativização, na medida em

³⁹ Art. 5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

⁴⁰ XLVII – não haverá penas: (...) e) cruéis;

⁴¹ XLVII – não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

⁴² LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

⁴³ LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

⁴⁴ PIOVESAN, Flávia. Democracia, direitos humanos e globalização econômica: desafios e perspectivas para a construção da cidadania no Brasil. Disponível em: < <http://www.iedc.org.br/artigos/500anos/flavia.htm> >. Acesso em 27 nov. 2007.

que se passam a permitir intervenções no plano nacional em prol da defesa dos direitos humanos; e (ii) o indivíduo, como sujeito de Direito, passa a ter os seus direitos protegidos internacionalmente.

Ademais disso, a Declaração de 1948 prevê que não há liberdade sem igualdade, nem igualdade sem liberdade, que vinham dissociadas nas Declarações de Direitos anteriores, como é o caso das Declarações elaboradas após a Revolução dos Estados Unidos de 1776 e ao final da Revolução Francesa de 1789 (que apenas ressaltavam o discurso liberal da cidadania), e da Declaração Russa do início do século XX (com um discurso eminentemente social).

Para a Declaração Universal de 1948, os direitos humanos, portanto, compõem uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, na qual os direitos civis e políticos hão de ser conjugados com os econômicos, sociais e culturais. Essa idéia vem reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993, que dispõe, no seu parágrafo quinto:

Todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase.

Logo, a Declaração de Viena de 1993, subscrita por 171 Estados, dentre eles o Brasil, endossa a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos.

Anteriormente à Constituição brasileira, a Declaração Universal previu, ao longo do seu texto, o direito à vida e à liberdade (art. 3º)⁴⁵, a vedação ao tratamento desumano ou cruel (art. 5º)⁴⁶, o devido processo legal (art. 10)⁴⁷ e a presunção de inocência (art. 11, n. 1)⁴⁸.

Observa-se, daí, que não é prevista, nem na Declaração Universal nem no Estatuto do TPI, a vedação à pena de prisão perpétua, proibição assegurada na Constituição brasileira e que será analisada a seguir.

⁴⁵ Art. 3º – Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

⁴⁶ Art. 5º – Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

⁴⁷ Art. 10 – Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

⁴⁸ Art. 11 – 1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

2.4 Penas permitidas pela legislação brasileira e as penas aplicáveis no TPI

2.4.1 A pena de prisão perpétua

Segundo o conceito formulado pelo professor Damásio de Jesus, pena é a “sanção aflitiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos”⁴⁹. Conceito similar é formulado por Fernando Capez, que ainda informa acerca dos fins da pena, quais sejam “aplicar a retribuição punitiva ao delinqüente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade”⁵⁰. Por conseguinte, infere-se daí que a pena possui natureza mista: retributiva e preventiva, consoante disposto no art. 59 do Código Repressivo Pátrio⁵¹.

A Constituição Federal, no art. 5º, XLVI e XLVII, estabelece as penas admitidas e banidas, respectivamente, do sistema processualista brasileiro. O primeiro desses incisos assim dispõe:

Art. 5º. (...)

XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

Infere-se, daí, que a enumeração das penas constitucionalmente admitidas não é exaustiva, indicando que a lei poderá adotar outras modalidades de pena, desde que não incida na proibição expressa do inciso seguinte, que não permite a instituição de penas de morte, salvo em caso de guerra declarada; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento; e cruéis⁵².

⁴⁹ JESUS, Damásio E. de. Direito penal – parte geral, v. 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 368.

⁵⁰ CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte geral, v. 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 339.

⁵¹ Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

⁵² XLVII – não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

De acordo com a classificação constante do Código Penal Brasileiro, as penas privativas de liberdade são pena de reclusão e a de detenção. Ainda estabelece, tal legislação, no art. 33, os requisitos para cumprimento da pena de reclusão ou de detenção, quais sejam:

Art. 33 – A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

Importante destacar a diferença entre as duas penas privativas. A reclusão se diferencia da detenção não só quanto à espécie de regime como também em relação ao estabelecimento penal de execução (de segurança máxima, média ou mínima), à seqüência de execução no concurso material⁵³, à incapacidade para o exercício do pátrio poder⁵⁴, à medida de segurança⁵⁵, à fiança⁵⁶ e à prisão preventiva⁵⁷. As penas privativas de liberdades são as mais utilizadas nas legislações modernas, apesar da falência do sistema processual ser consenso.

Por seu turno, as penas restritivas de direitos, previstas não só no diploma penal pátrio como também na Constituição Federal, consistem em prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana⁵⁸.

⁵³ Art. 69, CP: Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.

⁵⁴ Art. 92. São também efeitos da condenação: (...)

II – a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado;

⁵⁵ Art. 97. Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.

⁵⁶ Art. 323. Não será concedida fiança:

I - nos crimes punidos com reclusão em que a pena mínima cominada for superior a 2 (dois) anos;

⁵⁷ Art. 313. Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos:

I – punidos com reclusão;

II – punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la;

⁵⁸ Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

I – prestação pecuniária;

II – perda de bens e valores;

III – (VETADO);

IV – prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;

V – interdição temporária de direitos;

VI – limitação de fim de semana.

Diferentemente do que ocorre em vários países desenvolvidos historicamente, jurídica e politicamente, como os Estados Unidos da América, o Brasil optou por penas mais humanitárias, repelindo de forma definitiva do ordenamento jurídico pátrio as penas de morte e as de prisão perpétua (com exceção do caso previsto no art. 5º, inciso XLVII, alínea “a”). Defendidas por alguns setores da sociedade, principalmente devido ao aumento da violência no país, são apontadas como uma das soluções contra a criminalidade crescente no país e como um meio eficaz de fazer com que um indivíduo pague, de forma justa, por seus crimes⁵⁹.

No entanto, tais penas são repelidas pela Constituição, consoante o já citado art. 5º, XLVII, da CF/1988. O objetivo deste estudo não é a defesa da pena capital e de prisão perpétua dentro do sistema penitenciário brasileiro – que carece de estrutura em todos os aspectos para que se possa ao menos cogitar tal possibilidade. Não tem, outrossim, por finalidade estudar um meio eficaz que faça com que tal pena possa ser inserida e aplicada no ordenamento jurídico do país. Não se busca colocar em discussão a eficácia ou não da pena de caráter perpétuo nos limites do território brasileiro. Busca-se, tão-somente, reforçar que o ordenamento do Brasil não permite, de forma alguma, a instituição da pena de prisão perpétua.

No que concerne ao Estatuto de Roma, é prevista a imposição de penas de prisão por um número determinado de anos, até o máximo de 30 anos, ou, em casos justificados pela extrema gravidade dos delitos e as características individuais dos criminosos, a pena de prisão perpétua, consoante o art. 77, “b”, *in litteris*:

Art. 77.

1. O Tribunal poderá, observado o disposto no artigo 110, aplicar uma das seguintes penas ao réu culpado por um dos crimes previstos no artigo 5º do presente Estatuto:

(...)

b) pena de prisão perpétua, quando justificada pela extrema gravidade do crime e pelas circunstâncias pessoais do condenado.

Deve-se salientar, outrossim, que o Estatuto também prevê a aplicação de multa, sem prejuízo da pena de prisão, bem como o perdimento de produtos, bens e haveres provenientes do crime, seja direta, seja indiretamente.

⁵⁹ V. “75% aprovam prisão perpétua, diz pesquisa” (notícia extraída de http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2007/04/18/87_das_pessoas_consultadas_pelo_datasenado_querem_punicao_igual_para_adultos_e_menores_criminosos_informa_renan_756213.html . Acesso em 25 nov. 2007).

Cabe, outrossim, assinalar a respeito da existência de dispositivo que prevê processo de revisão da duração de sentenças, após decurso de dois terços do tempo de prisão ou 25 anos no caso de sentença de prisão perpétua, nos termos do art. 110, parágrafo 3º, do Estatuto:

Artigo 110 – Reexame pelo Tribunal da Questão de Redução de Pena
3. Quando a pessoa já tiver cumprido dois terços da pena, ou 25 anos de prisão em caso de pena de prisão perpétua, o Tribunal reexaminará a pena para determinar se haverá lugar a sua redução. Tal reexame só será efetuado transcorrido o período acima referido.

A questão da prisão perpétua, no âmbito constitucional, é polêmica e gera grandes divergências entre doutrinadores e estudiosos do assunto. Apesar da enorme importância da criação do Tribunal Penal Internacional, acredita-se que a ratificação do Brasil, sem reservas, representa uma afronta à Lei Maior, eivando-a de vícios e inconstitucionalidade. Ademais, caracteriza um retrocesso no direito humanitário e penal brasileiro, visto que apóia a aplicação de penas abolidas e rejeitadas pela legislação nacional.

Os argumentos contrários à ratificação à época das discussões se baseavam em quase sua totalidade na inconstitucionalidade do Estatuto de Roma, devido à aplicação da pena perpétua pela Corte, o que é vedado pela Constituição. Importante, nesse sentido, verificar o entendimento de Luiz Vicente Cernicchiaro:

Todavia, por norma submissa à Constituição, ao aceitar o Estatuto, o Brasil, sem dúvida, por via oblíqua, estará renunciando à própria soberania. É certo que no momento em que a política entra na sala, o Direito sai pela janela. Por razões de política internacional, poderá o Brasil querer subscrever sem reserva esse Estatuto. Estará, a meu aviso, afrontando a nossa Constituição. Estará, no caminhar da humanidade, contribuindo para uma marcha a ré, quando todo o nosso compromisso de um Estado democrático de Direito é aperfeiçoar as instituições políticas e não contemporizar, tolerar, por razões meramente políticas, que isto aconteça.⁶⁰

Gustavo Sampaio Telles Ferreira entende, por outro lado, que, como os crimes compreendidos pelo Estatuto são característicos de conflitos armados, pode ser aplicada a pena de prisão perpétua, já que se vivencia um período de guerra, em que se permite a pena capital – e, quem pode o mais, pode o menos⁶¹.

⁶⁰ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira, Revista CEJ, Brasília, n. 11, out. 1999.

⁶¹ FERREIRA, G. S. T. O Direito Internacional Público e o Tribunal Penal Internacional. Rio de Janeiro: UERJ (dissertação), 1999.

Esse não parece ser o entendimento mais adequado, já que a Lei Maior do País refere-se objetivamente à guerra declarada, não admitindo a interpretação constitucional que equipare situações assemelhadas às de guerra. As quatro Convenções de Genebra sobre Direito Humanitário, ainda, estabeleceram, em seus arts. 2º, que somente se pode aludir à guerra se ela for declarada. Fora dela, deve haver, quando muito, referência à agressão.

Posição distinta foi a defendida por Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros. Afirma o autor que o Supremo Tribunal Federal (STF), à época da discussão, deferia pedidos de extradição, ainda que a pena imposta pudesse ser a perpétua, entendendo que a limitação constitucional somente diz respeito à esfera da lei penal interna, não podendo haver limitação que atingisse o direito internacional decorrente de norma nacional. Dessa maneira, o conflito entre o Estatuto de Roma e a Constituição da República seria apenas

aparente, não só porque aquele visa reforçar o princípio da dignidade da pessoa humana, mas porque a proibição prescrita pela Lei Maior é dirigida ao legislador interno para os crimes reprimidos pela ordem jurídica pátria, e não aos crimes contra o Direito das Gentes, reprimidos por jurisdição internacional.⁶²

Sylvia Steiner, magistrada brasileira que atualmente compõe o corpo de juízes do TPI, sustenta que o texto da Constituição dá a exata dimensão do que o constituinte viu como exata retribuição aos crimes praticados, não se projetando para outros sistemas jurídicos aos quais o Brasil venha a se vincular, por força de documentos internacionais.

Confira-se, *in verbis*, sua lição:

é também princípio inscrito no texto constitucional o de que o país se rege, no plano internacional, pela prevalência dos direitos humanos. Cogitar-se da hipótese de que a vedação constitucional dirige-se apenas ao legislador interno, não impedindo assim a submissão do país e a de seus nacionais às previsões de uma Corte supranacional, não é de ser afastado de plano. As normas de direito penal da Constituição regulam o sistema punitivo interno. Dão a exata medida do que o constituinte vê como justa retribuição. Não se projeta, assim, para outros sistemas penais aos quais o país se vincule por força de compromissos internacionais. Nesse sentido vem se posicionando a Suprema Corte, deferindo a extradição de pessoas para Estados requerentes onde está prevista a pena de prisão perpétua. Ademais, nossa Constituição prevê pena de morte para crimes militares cometidos em tempo de guerra. Essa disposição deixa entrever que, para crimes de maior gravidade, pode-se aplicar pena muito mais grave que a prevista no

⁶² MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de. O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira. In: O que é o Tribunal Penal Internacional. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2000, p. 15.

Estatuto do TPI, que contém inclusive figuras penais semelhantes às previstas em nosso Código Penal Militar, e para as quais pode-se aplicar a pena capital.⁶³

Portanto, é preciso levar em conta que a pena de caráter perpétuo somente seria aplicada em casos extremamente graves e excepcionais, e que poderá ser revista e, conseqüentemente, reduzida, após o cumprimento de 25 anos da pena, conforme a inteligência do art. 110, § 3º, do Estatuto de Roma.

Entretanto, ressalte-se que o STF, no que concerne aos pedidos de extradição que possam resultar em pena de prisão perpétua, recentemente modificou seu entendimento, não mais os deferindo caso não haja prévio compromisso do Estado requerente em comutar a pena de prisão perpétua em privativa de liberdade com prazo máximo de 30 anos, consoante se pode verificar da jurisprudência abaixo colacionada:

1. Extradição instrutória.
2. Investigações para esclarecimento de suposta prática dos crimes de tráfico de drogas e lavagem de dinheiro.
3. Pleito extradicional baseado no art. 82 da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980 ("Estatuto do Estrangeiro") e no art. VIII do Tratado de Extradição firmado entre o Brasil e os Estados Unidos da América em 13 de janeiro de 1961 e promulgado pelo Decreto nº 55.750, de 11 de fevereiro de 1965.
4. Atendimento dos requisitos formais.
5. Os crimes de tráfico de drogas pelos quais está sendo investigado o extraditando nos Estados Unidos têm correspondência com os crimes tipificados na legislação brasileira (Lei nº 11.343/2006, arts. 33 e 35). Configuração da dupla tipicidade, nas leis norte-americana e brasileira quanto aos crimes de tráfico de drogas.
6. Quanto ao crime de lavagem de dinheiro, tal delito não se insere no rol taxativo daqueles que podem servir de motivo à extradição entre os dois países (art. II do Tratado de Extradição com os Estados Unidos). Improcedente o pedido de extradição pelo crime de lavagem de dinheiro por ausência de previsão no Tratado de Extradição.
7. Inocorrência de prescrição. Indictment. Instituto equiparável à pronúncia. Ato formal suficiente para legitimar pedido de extradição passiva. Precedentes citados: EXT nº 280/EUA, Rel. Min. Adauto Cardoso, DJ 12.9.1969; EXT nº 542/EUA, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, unânime, DJ 20.3.1992; EXT nº 912/EUA, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Pleno, unânime, DJ 29.4.2005; EXT nº 939/EUA, Rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, unânime, DJ 24.6.2005; EXT nº 915/EUA, de minha relatoria, Pleno, unânime, DJ 14.10.2005; e EXT nº 944/EUA, Rel. Min. Carlos Britto, Pleno, unânime, DJ 17.2.2006.
8. Diante da possibilidade de aplicação de prisão perpétua pelo Estado requerente, o pedido de extradição deve ser deferido sob condição de que o Estado requerente assumira, em caráter formal, o compromisso de comutar a pena de prisão perpétua em pena privativa de liberdade com o prazo máximo de 30 anos.

⁶³ STEINER, Sylvia Helena F. O Tribunal Penal Internacional. *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo. Disponível em: < <http://www.ibccrim.org.br/tribunal/160> > Acesso em: 06 nov. 2007.

9. Pedido do extraditando de restituição dos valores apreendidos por ocasião da prisão preventiva para fins de extradição. Na espécie, o Governo requerente formulou pedido expresso de entrega dos bens apreendidos, nos termos do art. VIII do Tratado de Extradicação Brasil – Estados Unidos. Restituição indeferida. Valores apreendidos pela Polícia Federal em poder do extraditando, quando de sua prisão preventiva, deverão ser entregues ao Estado requerente (Lei nº 6.815/1980, art. 92).

10. Pedido de extradição parcialmente deferido.

11. Considerado expresso pedido da defesa, determinação do Plenário do STF no sentido do imediato cumprimento da decisão, independentemente da publicação do acórdão, ou da certificação do trânsito em julgado.⁶⁴

Entendo ser essa uma posição acertada. Se o ordenamento interno não permite a prisão perpétua, por que extraditar um acusado a um país que lhe aplicará tal pena? Parece-me incongruente. Portanto, acredito que não deva prevalecer, no Estatuto de Roma, a prisão perpétua, já que representa um retrocesso nos direitos humanos, conquistados a duras penas e após longas batalhas pela sociedade.

No que concerne à extradição, devem ser feitas algumas considerações no próximo tópico desse trabalho monográfico.

2.5 Extradicação e entrega de pessoas

2.5.1 Definição de extradição

Relacionado aos direitos da nacionalidade, bem como, por conseguinte, aos direitos e garantias fundamentais, o instituto da extradição tem importância essencial para o presente estudo.

Extradicação, do latim *tradere*, é definido como o ato pelo qual um Estado faz a entrega, para fins de ser processado ou para a execução de uma pena, de um indivíduo acusado ou reconhecido culpável de uma infração cometida fora de seu território, a outro Estado que o reclama e que é competente para julgá-lo e puni-lo. Nas palavras de Celso de Albuquerque Mello, “é o ato por meio do qual um indivíduo é entregue por um Estado a outro, que seja competente para processá-lo e puni-lo. (...) É concedida fundamentada em tratado ou na reciprocidade”⁶⁵. É importante ressaltar que a concessão da extradição constitui uma faculdade do País (“poderá ser concedida”), como se depreende da leitura do art. 76, do EE: “a extradição

⁶⁴ STF, Ext. n.º 1069. Rel. Min. Gilmar Mendes, in DJ 14 set. 2007, p. 31. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br> >. Acesso em: 07 nov. 2007.

⁶⁵ *Op. cit.*, p. 1019.

poderá ser concedida quando o governo requerente se fundamentar em tratado, ou quando prometer ao Brasil a reciprocidade”.

A Constituição da República não admite, como regra, a extradição de brasileiros (limitação *ratione personae*). Entretanto, de acordo com a inteligência do art. 5º, LI, da CF, são admitidas duas hipóteses de extradição de nacionais no ordenamento jurídico pátrio: (i) de brasileiro naturalizado que pratique crime comum antes da sua naturalização; e (ii) de brasileiro envolvido em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins – deixando a lei transparecer, nesse caso, a possibilidade de extradição, também, de brasileiro nato.

Celso de Albuquerque Mello afirma que a idéia de negativa de extradição de nacional estaria na “Bula de Brabante” do século XIV, que dava a todos os cidadãos o direito de não serem subtraídos à jurisdição dos tribunais locais. Isso aconteceu durante o feudalismo, mas se reflete no inciso XXXV do art. 5º da Carta Magna Brasileira, *in verbis*: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário [o Judiciário brasileiro] lesão ou ameaça a direito”.

Dessa feita, importante perceber, para o presente estudo, a impossibilidade de extradição nos casos que se enquadram no inciso LI do art. 5º da Carta Magna brasileira.

Por seu turno, o Estatuto de Roma, no seu art. 102, “b”, define extradição como:

Art. 102. (...)

b) a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno;

Conceito semelhante ao de Celso de Albuquerque Mello, mas que difere do instituto da entrega, consoante se verificará a seguir.

2.5.2 Definição de entrega

No que diz respeito à entrega, o Estatuto de Roma a conceitua, em seu artigo 102, “a”, como sendo a “entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal nos termos do presente Estatuto”. Ademais, no art. 89⁶⁶, dispõe que o Tribunal

⁶⁶ Art. 89 – Entrega de Pessoas ao Tribunal

1. O Tribunal poderá dirigir um pedido de detenção e entrega de uma pessoa, instruído com os documentos comprovativos referidos no artigo 91, a qualquer Estado em cujo território essa pessoa se possa encontrar, e solicitar a cooperação desse Estado na detenção e entrega da pessoa em

poderá pedir a prisão e entrega de indivíduos a qualquer Estado em cujo território a pessoa puder se encontrar, bem como solicitar a cooperação desse Estado na prisão e entrega da pessoa em causa.

Seguindo a definição de Celso de Albuquerque Mello, ao se substituir a expressão “a outro” por “Tribunal”, tem-se a entrega: “ato por meio do qual o indivíduo é entregue por um Estado a um Tribunal internacional que seja competente a fim de processá-lo e puni-lo”.

Nota-se, portanto, que a extradição difere da entrega da pessoa apenas no que concerne ao seu destino, que, no primeiro caso, é um Estado e, no segundo, um Tribunal.

Por conseguinte, a questão que se põe é se, porventura, a requisição de entrega se referir a nacional brasileiro, nos casos em que a lei não autorize a extradição, haveria incongruência entre a norma interna e a internacional.

2.5.3 Possibilidade da entrega de nacionais ao TPI

Com efeito, a questão da entrega de pessoas pelos Estados para o TPI foi tormentosa em face de determinados ordenamentos que determinam a impossibilidade de extradição de nacionais, como é o caso da ordem jurídica brasileira.

Resta claro, pela análise das definições de extradição e entrega contidas no próprio Estatuto de Roma, que a distinção entre tais institutos foi uma criação ditada pela necessidade de se acomodarem dispositivos normativos conflitantes, vale dizer, os de direito interno dos Estados, proibitivos da extradição de nacionais, e os do Estatuto, que, de um lado, reclamava a extradição (entrega), ainda em tais casos, e, ao mesmo tempo, proibia reservas.

Ao tratar das diferenças entre extradição e entrega, Tarciso Dal Maso Jardim afirmou que a previsão da entrega de nacionais, no Estatuto de Roma, não constituía impedimento para a sua ratificação pelo Brasil. E invocou, em prol de sua tese, três razões, a saber:

- a) não se trata do antigo instituto da extradição, que se reporta a entrega de uma pessoa, submetida à sentença penal (provisória ou definitiva), de uma

causa. Os Estados Partes darão satisfação aos pedidos de detenção e de entrega em conformidade com o presente Capítulo e com os procedimentos previstos nos respectivos direitos internos.

jurisdição soberana a outra. Trata-se da entrega *sui generis*, em que um Estado transfere determinada pessoa a uma jurisdição penal internacional que ajudou a construir. A Constituição brasileira certamente não se refere a esse caso especial, por impossibilidade lógica e de vaticínio; b) o parágrafo 2º, do artigo 5º, da CF/1988, afirma de forma categórica que os direitos e garantias previstos na Constituição brasileira não excluem outros decorrentes do sistema ou do regime por ela adotados ou, ainda, provindos dos tratados em que o Brasil seja parte. O Tribunal Penal Internacional está sendo formado mediante um tratado, o que significa dar-lhe recepção constitucional. Sabemos, é verdade, que o Supremo Tribunal Federal nega arbitrariamente esse dispositivo constitucional, determinando que os tratados de direitos humanos ou humanitário não se diferenciam dos demais tratados e, portanto, possuem o mesmo *status* de lei federal, o que significa dizer que uma lei posterior dessa natureza pode derogar tratados ratificados anteriormente pelo Brasil⁶⁷. Entretanto, optamos pelo concebido na Constituição, não pelo imposto por interpretação; c) as disposições transitórias da CF/1988 propugnam a criação de um Tribunal Internacional dos Direitos Humanos, enquanto princípios constitucionais direcionam as relações internacionais brasileiras mediante a prevalência dos direitos humanos. Embora o Tribunal Penal não seja exclusivamente um Tribunal de direitos humanos, possui aspectos intrínsecos aos mesmos e, o que é importante, vai de encontro ao projeto constitucional brasileiro.⁶⁸

Consoante exposto, o entendimento segundo o qual poderia haver incompatibilidade entre os arts. 5º, LI, da Constituição da República, e o 89, do Estatuto de Roma, por conseguinte, não se afigura o mais acertado. E isso porque a extradição se relaciona com a entrega de um indivíduo por um Estado a outro (ou seja, na relação jurídica extradicional, refere-se a dois Estados soberanos), ao passo que a entrega de nacional para julgamento pelo Tribunal Penal Internacional significa a entrega de indivíduo perante um organismo internacional, a saber, Tribunal Internacional de que o Brasil é, também, membro, e não a Tribunal estrangeiro – ou, nas palavras de Cherif Bassiouni, citado em artigo em obra organizada por Kai Ambos *et alli*: “O Tribunal não é uma jurisdição ‘estrangeira’, ao passo que outro Estado é, e nem todos os dispositivos podem lhes ser aplicados indistintamente”⁶⁹.

⁶⁷ Ressalte-se, por oportuno, a mudança de interpretação do STF no que concerne à recepção dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio. Segundo recente entendimento, os tratados humanitários podem ser recepcionados com *status* de norma supralegal, quando aprovados com quórum inferior a 3/5 (três quintos) – caso o quórum seja maior, seguindo inteligência do art. 5º, § 3º, da CF/1988, o tratado adquire *status* de emenda constitucional, conforme o entendimento do Min. Gilmar Mendes no RE 466.343 / SP, acima citado.

⁶⁸ JARDIM, Tarciso Dal Maso. O Tribunal Penal Internacional e sua importância para os direitos humanos. In: O que é o Tribunal Penal Internacional. Brasília. Centro de Documentação e Informação, 2000, p. 31.

⁶⁹ Tradução livre de: “The Court is not a ‘foreign’ jurisdiction in the sense that another State is, and not all the same considerations apply”. BASSIOUNI, M. Cherif. *ICC Ratification and National Implementing Legislation*. In: *Nouvelles Études Pénales*. N. 13 *quarter*, Toulouse: Érès, 1999, p. 87, citado por AMBOS, K., MALARINO, E., WOISCHNIK, J. (org.) *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Berlim: Georg-August-Universität-Göttingen.

2.6 Imprescritibilidade de crimes

Outro ponto que merece destaque nesse trabalho é a imprescritibilidade de determinados crimes no ordenamento jurídico brasileiro.

O fundamento para tal instituto pode ser analisado com base nas lições de Cesare Beccaria. Para esse autor, podem distinguir-se duas espécies de delitos. Nos grandes crimes, pela razão mesma de que são mais raros, deve diminuir-se a duração da instrução e do processo, porque a inocência do acusado é mais provável do que o crime. Deve-se, porém, prolongar o tempo da prescrição. Por esse meio, que acelera a sentença definitiva, tira-se aos maus a esperança de uma impunidade tanto mais perigosa quanto maiores são os crimes.

Ao contrário, nos delitos menos consideráveis e mais comuns, é preciso prolongar o tempo dos processos, porque a inocência do acusado é menos provável, e diminuir o tempo fixado para a prescrição, porque a impunidade é menos perigosa⁷⁰.

A prescrição, face à Legislação Penal, tem como fundamentos o decurso do tempo, o desinteresse estatal em apurar fato ocorrido há anos ou punir o seu autor; a correção do condenado, decorrente do lapso temporal sem reiteração criminosa; e a negligência da autoridade, como castigo à sua inércia no exercício de sua função. No ordenamento jurídico penal brasileiro, é a regra.

No entanto, a Constituição Federal, no art. 5º, incisos XLII e XLIV, determinou hipóteses em que as pretensões punitiva e executória não são atingidas pela prescrição, *in verbis*:

Art. 5º. (...)

XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

(...)

XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

Por conseguinte, pode-se perceber que são imprescritíveis apenas, nos termos da Carta Magna, os crimes de racismo (art. 5º, XLII, CF e Lei n.º 7.716/1989, com alterações da Lei n.º 9.459/1997) e os referentes à ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º,

⁷⁰ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2000, pp. 74-80.

XLIV, CF). De modo que o decurso do tempo não extingue a prescrição em qualquer de suas formas nessas hipóteses.

O Estatuto de Roma prevê a imprescritibilidade no seu art. 29, que estabelece que os crimes da competência do Tribunal Penal Internacional – crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra e agressão – não prescrevem. Assim, indaga-se se a menção no texto constitucional de apenas dois casos de imprescritibilidade incorreria em impossibilidade de aplicação do Estatuto do TPI no ordenamento jurídico pátrio.

Especificamente com relação à imprescritibilidade dos crimes previstos no Estatuto de Roma, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) já se posicionou no informe “O Anteprojeto de lei de adaptação da legislação brasileira ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional: tramitação e questões constitucionais polêmicas”. A conclusão do IBCCRIM é a que segue, *in litteris*:

Entendemos não haver tal vedação. A alegação de inconstitucionalidade do Anteprojeto de lei, neste ponto, teria por fundamento a regra hermenêutica *inclusio unius alterius est exclusio*. Tal regra, contudo, quer do ponto de vista lógico, quer do ponto de vista jurídico, não merece uma acolhida integral e incondicional. Com efeito, quando o legislador mencionar uma ou duas hipóteses, não se pode deduzir, necessária e automaticamente, a exclusão de todas as outras. Até mesmo porque, no caso brasileiro, não há previsão explícita de uma regra geral de prescritibilidade dos delitos. Há, apenas e tão-somente, a previsão de duas categorias de crimes que são imprescritíveis.

No direito internacional, há forte posicionamento no sentido da imprescritibilidade do delito de genocídio, dos crimes contra a humanidade e dos crimes de guerra de maior gravidade. A Organização das Nações Unidas, através da Resolução n.º 2.391, de 26 de novembro de 1968, adotou a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade⁷¹. Embora o Brasil não tenha ratificado tal convenção, a não adesão a esse documento não foi determinada pela imprescritibilidade em si de tais crimes, mas sim pela previsão de sua aplicação retroativa⁷².

⁷¹ A convenção entrou em vigor em 11 de novembro de 1970, noventa dias após a décima adesão. Para a delimitação dos delitos imprescritíveis, o texto remete aos crimes tratados pelo Estatuto de Nuremberg e, indo mais além, com relação aos crimes de guerra, refere-se à Convenção de Genebra de 1949, realçando as infrações graves. Nos crimes contra a humanidade, abarca os delitos cometidos tanto em tempo de guerra, quanto em tempo de paz.

⁷² Art. 1º. São imprescritíveis, independentemente da data em que tenham sido cometidos, os seguintes crimes (...)

No direito comparado, há diversos exemplos de imprescritibilidade de delitos nessa mesma linha, podendo ser citados, no âmbito regional, os seguintes: a Constituição da Nação Argentina, de 1994, que, em seu art. 36, prevê a imprescritibilidade da ação penal referente aos atos de força contra a ordem institucional e o sistema democrático⁷³; a Constituição da República do Paraguai, de 1992, que dispõe, no art. 5º, que o genocídio, a tortura e o desaparecimento de pessoas, o seqüestro e o homicídio por razões políticas são imprescritíveis⁷⁴, dispositivo que é reafirmado pelo art. 102, § 3º, do Código Penal de 1997⁷⁵; a Constituição da Venezuela, de 1999, que, em seu art. 29, prevê a imprescritibilidade das ações referentes aos delitos de lesa-humanidade, às violações graves de direitos humanos e aos crimes de guerra⁷⁶.

Em suma, o fato de o Estatuto de Roma estabelecer a imprescritibilidade dos crimes de genocídio, de guerra e contra a humanidade não representa óbice para a sua implementação.

Relacionado, ainda, aos processos instaurados perante o TPI, há que se fazer uma análise acerca do princípio da complementaridade, segundo a qual o TPI só é acionado quando a jurisdição nacional não atue ou o faça de forma simulada.

2.7 Princípio da complementaridade

2.7.1 *Coisa julgada*

A garantia da coisa julgada está prevista pela Constituição da República no art. 5º, inciso XXXVI⁷⁷. Por seu turno, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no art. 8º, n. 4, prevê, entre as garantias processuais mínimas, a de que “o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”. Finalmente, o Código de Processo Penal prevê a exceção de coisa julgada (art. 110, § 2º)⁷⁸. Em síntese, tanto no nível

⁷³ ARGENTINA, Constitución de la Nación Argentina. Disponível em < <http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/cuerpo1.php> >. Acesso em 11 nov. 2007.

⁷⁴ PARAGUAY, Constitución Política de 1992. Disponível em < <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Paraguay/para1992.html> >. Acesso em 11 nov. 2007.

⁷⁵ PARAGUAY, Código Penal de 1997. Disponível em < <http://unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/pa/cppara3.htm> >. Acesso em 11 nov. 2007.

⁷⁶ VENEZUELA, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Disponível em < <http://www.tsj.gov.ve/legislacion/constitucion1999.htm> >. Acesso em 11 nov. 2007.

⁷⁷ Art. 5º. (...)

XXXVI – A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

⁷⁸ Art. 110. (...)

constitucional, quanto na legislação ordinária, a garantia da coisa julgada encontra-se assegurada no ordenamento jurídico pátrio.

Ao se formar a coisa julgada material, o objeto do processo não poderá voltar a ser discutido em outro processo envolvendo as mesmas partes. Trata-se, pois, da garantia do *ne bis in idem*, prevista, também, no art. 20 do Estatuto do TPI (“salvo disposição em contrário do presente Estatuto, ninguém será julgado pelo Tribunal por condutas constitutivas de crimes pelos quais já tenha sido julgado ou absolvido pelo próprio Tribunal”). Assim, se o acusado é absolvido por sentença penal transitada em julgado, a matéria não pode voltar a ser discutida em outro processo. Pensamento similar aplica-se às sentenças que declaram extinta a punibilidade. Nesse caso, não seria cabível nem mesmo a revisão criminal, posto que não se admite a rescisão do julgado penal *pro societate*. Trata-se, aqui, do que se denomina “coisa soberanamente julgada”.

Somente no caso de sentença penal condenatória é possível afastar-se a coisa julgada, mediante revisão criminal, desde que esteja presente uma das hipóteses que autorizam a interposição de tal ação autônoma para a impugnação das sentenças penais condenatórias transitadas em julgado, consoante o disposto no art. 621 do Código de Processo Penal brasileiro, *in verbis*:

Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I – quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II – quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III – quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

Dessa forma, infere-se que, no plano interno do direito brasileiro, a garantia da coisa julgada não encontra exceções.

Entretanto, o parágrafo 3º do art. 20 do Estatuto de Roma prevê uma hipótese em que fica afastada a vedação do segundo processo, fundamentado em coisa julgada anterior:

3. Ninguém que já tenha sido julgado por outro tribunal por uma conduta igualmente prevista nos artigos 6º, 7º ou 8º, será julgado pelo Tribunal pela mesma conduta, a menos que os procedimentos no outro tribunal:

§ 2º A exceção de coisa julgada somente poderá ser oposta em relação ao fato principal, que tiver sido objeto de sentença.

- a) tenham obedecido ao propósito de subtrair ao acusado de sua responsabilidade penal por crimes sob a jurisdição do Tribunal; ou
- b) não tenham sido conduzidos de forma independente ou imparcial, em conformidade com as normas do devido processo reconhecidos pelo direito internacional, mas de tal forma que, nas circunstâncias, era incompatível com a intenção de efetivamente submeter o indivíduo em questão à ação da justiça.

Conforme já asseverado, a atuação jurisdicional do TPI rege-se pelos princípios da subsidiariedade e da complementaridade. Portanto, a admissibilidade de uma acusação depende da demonstração da incapacidade, ou mesmo da ausência da vontade política, do Estado nacional em promover uma persecução independente e eficaz dos responsáveis pela prática dos crimes internacionais.

A competência do TPI é, portanto, complementar e destina-se a suprir as debilidades e carências da atuação das jurisdições nacionais que mantêm intactas sua possibilidade de atuação quanto a todos os crimes de competência da Corte.⁷⁹

As exceções previstas nas letras “a” e “b” do art. 20, parágrafo 3º, do Estatuto tratam de hipóteses de simulacros de processos (isto é, instaurado justamente a fim de se assegurar impunidade ou punição leve para quem mereceria punição severa). Nessas situações, a real intenção não é a realização de julgamento justo e imparcial, mas sim permitir o exercício primário da jurisdição nacional a fim de beneficiar o acusado e afastar a atuação do TPI.

A coisa julgada está diretamente ligada ao exercício da atividade jurisdicional, como atributo da sentença de mérito. Por outro lado, somente é legítimo o processo e a sentença que tenham sido proferidas de acordo com o devido processo legal, o que inclui ter sido o julgamento realizado por um juiz natural. O juiz natural é, por natureza, imparcial, o que, para muitos, é mesmo um atributo essencial para a própria existência do processo e, conseqüentemente, da coisa julgada.

Nesse contexto, é legítimo afirmar que, nos casos em que exista um simulacro de processo, não há que se falar em juiz natural, devido processo legal nem, muito menos, coisa julgada. Nesses casos, desde que devidamente comprovado, não há coisa julgada a ser preservada, e, portanto, a instauração de

⁷⁹ Tradução livre de: “La competencia de la CPI es, por tanto, supletoria y está destinada a paliar las debilidades y carencias de la actuación de las jurisdicciones nacionales que mantienen intactas sus posibilidades de actuación respecto de todos los crímenes de competencia de la Corte”. BROTONS, Antonio Remiro *et alli*. Derecho Internacional. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007, p. 1245.

processo perante o TPI não violará a garantia da coisa julgada, até mesmo porque não houve processo e coisa julgada válidos.

Embora se referindo ao processo instaurado perante juiz constitucionalmente incompetente, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes entendem que:

Em se tratando de sentença inexistente (proferida por juiz constitucionalmente incompetente, em contraste com o artigo 5º, LIII, da CF), esta simplesmente não transita em julgado, sendo nenhuma a sua eficácia.⁸⁰

Cabe lembrar que, em situação nas quais o processo se desenvolveu perante autoridade judiciária constitucionalmente incompetente, a jurisprudência tem entendido que não há óbice para a instauração do segundo processo, perante o juiz constitucionalmente competente, posto que coisa julgada do primeiro processo não teria validade⁸¹. Interpretação análoga pode ser levada à questão discutida presentemente.

Em suma, o problema não parece insuperável, vez que o claro propósito de subtrair o acusado de julgamento justo, limitando-se a realizar simulacro de processo, permite que se considere como juridicamente inexistente a coisa julgada formada anteriormente. Hipótese distinta é da aplicação de anistia, que será analisada a seguir.

2.7.2 Anistia

Pela anistia, o Estado renuncia ao seu *jus puniendi*, perdoando a prática de infrações penais que, normalmente, têm um cunho político. A regra, portanto, é de que a anistia se dirija aos chamados crimes políticos; contudo, nada impede que também seja concedida a crimes comuns. A definição de Damásio de Jesus para tal instituto é a que segue, *in litteris*:

A anistia pode ocorrer antes ou depois da sentença, extinguindo a ação e a condenação e se destina a fatos e não a pessoas, embora possa exigir condições subjetivas para ser aplicada ao réu ou condenado. Tem a

⁸⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. As nulidades no processo penal, 6. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 49. Os citados autores, contudo, entendem que, mesmo em tal caso, diante dos princípios maiores do *favor rei* e do *favor libertatis*, “o dogma do *ne bis in idem* deverá prevalecer, impedindo nova persecução penal a respeito de fato delituoso que foi objeto de outra ação penal”.

⁸¹ Nesse sentido, TJSP, RT 521/377. Em sentido contrário, vedando o segundo processo, mesmo no caso em que a coisa julgada tenha se formado em processo instituído perante órgão jurisdicional constitucionalmente incompetente: TJSP, RT 207/318, TACrimSP e JTACrim 24/48.

finalidade de fazer-se olvidar o crime e aplica-se principalmente aos crimes políticos. Pode ser geral ou restrita e incondicionada ou condicionada.⁸²

A concessão da anistia é de competência da União, conforme preceitua o art. 21, XVII, da Constituição Federal, e se encontra no rol das atribuições do Congresso Nacional, sendo prevista pelo art. 48, VIII, de nossa Lei Maior. Pode ser concedida antes ou depois da sentença penal condenatória, sempre retroagindo a fim de beneficiar os agentes.

Ressalte-se, por oportuno, que a anistia não pode ser concedida em se tratando dos crimes de prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, CF, e do art. 2º, I, da Lei n.º 8.072/1990 – Lei de Crimes Hediondos.

A anistia é lei penal de efeito retroativo, constituindo verdadeira revogação parcial da lei anterior. Tratando-se de lei, é interpretada e aplicada pelo Poder Judiciário, como uma lei comum, podendo o interessado recorrer a ele quando é mal executada pelo Poder Executivo. Não pode ser revogada, em face do que dispõe o art. 5º, XXXVI e XL, da Carta Magna, mas pode ser recusada, desde que condicionada.

Conforme a lição de Damásio de Jesus supracitada, a anistia tem o caráter da generalidade, abrangendo fatos e não pessoas. Em face disso, atinge uma generalidade de pessoas, salvo exceções quanto a condições especiais exigidas pela lei, como, *v. g.*, quando exige a condição de primariedade dos agentes.

Hipótese bastante conhecida na realidade sociojurídica brasileira é o processo de anistia e as Comissões de Verdade (*Truth Comissions*), surgidos após grande conflagração interna. Nesses casos – como, aliás, aconteceu no Brasil em fins da década de 1970, em decorrência da ditadura militar –, embora haja previsão legal de punição penal das condutas praticadas, o Estado, por decisão própria, decide por extinguir a punibilidade.

O problema quanto à anistia poderá ocorrer porque o Estatuto de Roma, no que diz respeito à submissão do caso ao Tribunal, não excepciona as hipóteses desse “perdão político”.

⁸² *Op. cit.*, p. 385.

Os instrumentos acima mencionados – anistia e *Truth Commissions* – têm sido utilizados para permitir acordos nacionais que venham a possibilitar uma redução de tensões e a passagem para modelos politicojurídicos mais democráticos. O Estatuto de Roma, entretanto, não os reconhece e, pelo princípio da complementaridade, poderá haver a intervenção do TPI, mesmo nessas hipóteses de consenso nacional, o que, talvez, possa até mesmo aumentar as tensões e não resolver satisfatoriamente as questões postas de violações de direitos humanos.

Considero mais acertado remover a hipótese de atuação do TPI nos casos de anistia, pois, dessa forma, buscar-se-á uma maior paz social e uma maior segurança jurídica nas relações sociais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após este estudo, destacam-se, em uma síntese conclusiva, os seguintes aspectos tidos como mais relevantes.

A busca por uma sociedade mais justa e igualitária, em defesa dos direitos humanos, passa por uma caminhada longa, em que muitas vezes surgem percalços que devem ser enfrentados por todos os segmentos sociais.

A despeito disso, diversos questionamentos surgiram ao se ratificar o Estatuto de Roma, pois, na visão de muitos doutrinadores, a Constituição Federal, lei máxima do País, estava sendo afrontada pelos dispositivos constantes em tal texto, o que feriria a soberania nacional.

Rememore-se que se deve levar em conta, sempre, a defesa dos direitos humanos, pelo que sou a favor da superação de tais óbices à implementação, posto muitos deles consistirem em obstáculos procedimentais, que trazem mais retrocesso do que avanço.

Não se pode olvidar, entretanto, o problema trazido à tona pela recente mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal, que não vem mais concedendo extradição a países que cominem pena de prisão perpétua aos seus nacionais. A prisão perpétua, portanto, deveria ser retirada do texto do Estatuto de Roma, pois representa um atraso em relação aos direitos humanos.

Quanto à entrega de nacionais ao TPI, é possível, já que não caracteriza extradição, tendo em vista que não se entrega a outro Estado nacional, e sim a um Tribunal a que o próprio Estado brasileiro manifestou interesse em aderir.

A imprescritibilidade de mais crimes no Estatuto de Roma do que na Constituição brasileira, ademais, não caracteriza inconstitucionalidade, mormente porque a Carta Magna não determina claramente as hipóteses de prescrição, e sim estabelece duas categorias de crimes imprescritíveis.

A questão da coisa julgada também não configura óbice à implementação do Estatuto do TPI, já que inexistente identidade de processo em caso de simulacros processuais.

Questão distinta ocorre quando da análise da anistia. O TPI não deveria atuar em situações de anistia, pois isso acarretaria uma maior instabilidade social, já que o agente teria a sua punibilidade extinta e, ainda assim, seria julgado perante o ordenamento jurídico internacional.

A sociedade globalizada busca formas de suprir carências e deficiências mundiais, e uma dessas deficiências consiste em encontrar formas de julgar e punir, eficazmente, responsáveis por atrocidades. A instituição de um Tribunal Penal Internacional imparcial e permanente constitui um avanço nesse sentido e não deve ser desconsiderada quando da incorporação do Estatuto de Roma pelo ordenamento jurídico interno de cada país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMBOS, K., MALARINO, E., WOISCHNIK, J. (org.) **Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional**. Berlim: Georg-August-Universität-Göttingen, s.a.

ARGENTINA, Constitución de la Nación Argentina. Publicada em 22 de agosto de 1994. Disponível em: < <http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/cuerpo1.php> >. Acesso em: 11 nov. 2007.

BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2000, pp. 74-80.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Publicada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/Constituicao.htm> >. Acesso em: 20 out. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ext. n.º 1069**. Rel. Min. Gilmar Mendes, in DJ 14 set. 2007, p. 31. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br> >. Acesso em: 07 nov. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n.º 72.131**, Min. Relator Marco Aurélio. Disponível em: < http://www.stf.gov.br/processos/processo.asp?PROCESSO=72131&CLASSE=HC&ORIGEM=AP&RECURSO=0&TIP_JULGAMEN TO=M >. Acesso em: 10 dez. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE n.º 466.343 / SP**, Rel. Min. Cezar Peluso. Voto proferido em 22 nov. 2006. Disponível em < <http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/re466343.pdf> >. Acesso em 10 nov. 2007.

BROTÓNS, A. R. *et alli*. **Derecho Internacional**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007.

BUSATO, P. C. Tribunal Penal Internacional e Expansão do Direito Penal. In **Revista dos Tribunais**, v. 809. Brasília, mar. 2003.

CALETTI, C. **Os precedentes do Tribunal Penal Internacional, seu estatuto e sua relação com a legislação brasileira**. Disponível em < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3986> >. Acesso em 27 nov. 2007.

CAPEZ, F. **Curso de direito penal: parte geral**, v. 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CERNICCHIARO, L. V. **O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira**, Revista CEJ, Brasília, n. 11, out. 1999.

DALLARI, P. B. **A Constituição e tratados internacionais**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 60.

DUARTE, F. M. C. **O Tribunal Penal Internacional: a sua aplicação em face da Convenção Americana sobre Direitos Humanos na Constituição Federal de 1988**. 91 p. Monografia (Graduação em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2004.

FERREIRA, G. S. T. **O Direito Internacional Público e o Tribunal Penal Internacional**. Rio de Janeiro: UERJ (dissertação), 1999.

FRAGA, M. **O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudos analíticos da situação do tratado na ordem jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

HOBBSBAWN, E. **Era dos extremos: o breve século XX (1914-1991)**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

JARDIM, T. D. M. O Tribunal Penal Internacional e sua importância para os direitos humanos. In: **O que é o Tribunal Penal Internacional**. Brasília. Centro de Documentação e Informação, 2000.

JESUS, D. E. de. **Direito penal – parte geral**, v. 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

MAIA, M. **Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MAZZUOLI, V. de O. **Direitos Humanos, constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MEDEIROS, A. P. C. de. O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira. In: **O que é o Tribunal Penal Internacional**. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2000.

MELLO, C. D. de A. **Direito Internacional Público: Tratados e Convenções**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MIRANDA, J. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editoria, 1990.

MORAES, A. de. **Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; SANTOS, William Douglas Resinente dos. **Direito constitucional: teoria, jurisprudência e 1000 questões**, 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

PARAGUAY, **Código Penal de 1997**. Disponível em < <http://unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/pa/cppara3.htm> >. Acesso em 11 nov. 2007.

_____, **Constitución Política de 1992**. Promulgada em 20 de junho de 1992. Disponível em < <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Paraguay/para1992.html> >. Acesso em 11 nov. 2007.

PIOVESAN, F. A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. In: BOUCAULT, E. A.; ARAÚJO, N. **Os direitos humanos e o direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Democracia, direitos humanos e globalização econômica: desafios e perspectivas para a construção da cidadania no Brasil**. Disponível em: < <http://www.iedc.org.br/artigos/500anos/flavia.htm> >. Acesso em 27 nov. 2007.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limomdad, 1996.

REZEK, J. F. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

STEINER, S. H. F. **O Tribunal Penal Internacional**. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo. Disponível em: < <http://www.ibccrim.org.br/tribunal/160> > Acesso em: 06 nov. 2007.

VENEZUELA, **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**. Proclamada em 20 de dezembro de 1999. Disponível em < <http://www.tsj.gov.ve/legislacion/constitucion1999.htm> >. Acesso em 11 nov. 2007.

ANEXO