

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ - UFC
FACULDADE DE DIREITO

ALANA KELLY DE LIMA MARINHO RODRIGUES ARAUJO.

**TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E EXTRADIÇÃO: ASPECTOS
CONSTITUCIONAIS.**

FORTALEZA
2006

ALANA KELLY DE LIMA MARINHO RODRIGUES ARAUJO

**TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E EXTRADIÇÃO: ASPECTOS
CONSTITUCIONAIS.**

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. (MS) Nélida Astezia Castro Cervantes.

FORTALEZA
2006

À pequena Yasmin e à memória do meu
avô, José Francisco Marinho.

AGRADECIMENTOS

A Deus e a Nossa Senhora de Fátima, por ter-me presenteado de tantas formas, sempre.

A meus pais, pilares que me sustentam e não me deixam desistir de sonhar.

À Nélida, mais que professora e orientadora, por sua amizade.

Aos tios, avós e primos, por ajudar-me substancialmente com seu amor e afeto.

Aos amigos, recentes ou antigos, que estão presentes ou em outra região, meu muito obrigada pelo sentimento fraterno que nos une.

A pesquisa é talvez a arte de se criar dificuldades fecundas e de criá-las para os outros. Nos lugares onde havia coisas simples, faz-se aparecer problemas.

Pierre Bourdieu

RESUMO

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

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

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

Palavras-Chave: TPI, Extradição, Brasileiros, Natos.

ABSTRACT

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

Keywords: TPI, Extradition, Brazilians, Born.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
------------------	----

CAPÍTULO I: EXTRADIÇÃO

1.1. Antecedentes Históricos. Surgimento.....	11
1.2. Extradicação. Conceito e Pressupostos.....	13
1.3. Espécies.....	15

CAPÍTULO II: TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL (TPI)

2.1. Antecedentes históricos.....	17
2.2. Características	21
2.3. Objetivos de Antes e Atuais. Intuito das decisões deste tribunal.....	23

CAPÍTULO III: RECEPÇÃO E HIERARQUIA DO TRATADO DE ROMA PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA. EXTRADIÇÃO E ENTREGA. INCONSTITUCIONALIDADE E DISCUSSÃO DOUTRINÁRIA.

3.1. Incorporação dos tratados no direito brasileiro	29
3.2 Hierarquia constitucional dos tratados sobre direitos humanos. Conflitos entre lei interna e internacional.....	32
3.3. Extradicação e Entrega. Proibição contida no art. 5º, LI da CF/88. Limites ao Poder de Reforma.....	36
3.5. Possíveis soluções.....	48

CONCLUSÃO.....	50
----------------	----

REFERÊNCIAS.....	53
------------------	----

INTRODUÇÃO

O presente trabalho destinou-se a apontar as divergências originadas entre o texto da Emenda Constitucional nº 45/04 referente ao reconhecimento, pela jurisdição brasileira, do Tribunal Penal Internacional e alguns dos dispositivos arrolados em sua legislação regulamentadora, o Estatuto de Roma.

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

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

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

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

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

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

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

O método utilizado nesta pesquisa foi o qualitativo, segundo uma abordagem bibliográfica. Adotou-se, além de estudos sobre a Carta Magna e o Estatuto de Roma, legislações básicas, obras doutrinárias de conceituados estudiosos do tema e artigos publicados por meio eletrônico. Procurou-se instigar os questionamentos a partir da análise dos textos que revelassem a repercussão obtida, no setor jurídico, pela inserção do § 4 ao art. 5º da Constituição Federal.

Realizou-se este trabalho com base em análise crítica, objetivando sempre a apreensão de elementos relevantes que possibilitassem o enriquecimento da discussão teórica e, com isso, a qualidade da pesquisa a fim de que esta contribuísse para aqueles que

desejassem continuar a espreitar sobre os temas decorrentes do Direito Internacional e suas implicações no Direito interno brasileiro.

CAPÍTULO I: EXTRADIÇÃO

1.1. Antecedentes históricos. Surgimento.

O surgimento do instituto da extradição remonta à História Oriental, sendo praticada em países como Israel, Egito, China, região Assírio-Babilônia, dentre outras. Celso D. de Albuquerque Mello¹ cita em sua obra que é egípcio um dos mais antigos documentos que comprovaria a existência da extradição, um tratado firmado entre Ramsés II e Hattisuli, rei dos Hititas, datado de 1291 a.C.

Prossegue o citado autor explicando como se dava o processo extraditório àquela época: “Cada soberano prometia a entrega de criminosos políticos e comuns ao Estado de onde tivessem fugido. Ambos os soberanos prometem demonstrar clemência em relação àqueles que retornavam”.²

Por óbvio, as características da extradição praticada nesta época não guardam as mesmas que hoje possui, não havendo, por exemplo, distinção entre criminoso político e autores de crimes comuns, que poderiam ser, igualmente, extraditados.

Por essa razão, há quem não concorde com a afirmativa de que a prática extraditória se haja originado na Antigüidade, assinalando que somente no século XVIII tem início a realização de tratados de extradição.

Contudo, Celso D. de Albuquerque Mello³ refuta tal assertiva, vez que entende o autor que a essência da extradição fora praticada na Antigüidade, isto é, houve entrega de indivíduos de um Estado a outro.

Dentre o mundo greco-romano, também se tem notícias de que houve extradição, a exemplo do acordo grego firmado entre Felipe da Macedônia e Atenas, que versava sobre a

¹ Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. p. 476.

² *Idem*. Extradição. Algumas observações. In: TIBURCIO, Carmen e BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Internacional Contemporâneo*. Estudos em Homenagem ao Professor Jacob Dolinger. p. 196.

³ *Idem, Ibidem*.

extradição de súditos acusados de tentativa de assassinato contra o rei. Assim, não obstante a Grécia prever a concessão de direito de asilo, os graves crimes poderiam ser objeto de extradição. Em Roma, há registro de um "Tribunal de Recuperadores", ao qual incumbia deliberar sobre a entrega ou não do indivíduo acusado da autoria de crime de certa gravidade.

Durante a Idade Média, a hegemonia da Igreja Católica e seus dogmas justificadores da Santa Inquisição, não reconheciam as fronteiras entre os Estados, o que dava margem à perseguição e captura de criminosos em qualquer território. No entanto, muitos acordos foram assentados, embora tivessem natureza meramente pessoal ou política, como por exemplo, o estabelecido entre Inglaterra e Escócia em 1174.

Já na Idade Moderna, a influência do Absolutismo fez com que a finalidade dos tratados de extradição fosse a de entregar acusados de prática de crimes militares para evitar deserções. A França, em fins do século XVIII, foi o primeiro Estado a reconhecer o direito de asilo dentre os direitos constitucionalmente garantidos.

Somente no século XIX é que o instituto em comento adquirirá o formato e características que hoje possui. A extradição de criminosos políticos foi sendo, gradativamente, vedada pelos tratados firmados, a exemplo da Paz de Amiens, estabelecido entre França, Espanha e Inglaterra em 1802. A Lei Belga de extradição de 1833 pautava, decisivamente, a finalidade da extradição, que será a entrega de criminosos comuns.

O Brasil também firmou tratados sobre extradição ao longo de sua história. No período imperial, a extradição possuía o mesmo fundamento dos dias atuais: baseava-se em tratado ou promessa de reciprocidade.

Entretanto, a previsão de concessão de pedido extradicional baseando-se em mera promessa de reciprocidade foi refutada no início do período republicano, admitindo-se somente as extradições que se fundamentavam em tratado. O processo extraditório, nessa época, possuía a designação de "sistema administrativo", tendo em vista que não havia participação do Poder Judiciário.

A matéria está hoje regulada pelo Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815, de 1990) e legislações ulteriores, datadas do início da década de 1980.

1.2. Extradicação. Conceito e Pressupostos.

Instituto que envolve a cooperação internacional, a extradicação pressupõe a pretensão punitiva por parte de um Estado de indivíduo que esteja localizado em território de outro. Assim, no processo extraditório, um Estado entrega um acusado de prática criminosa para que seja julgado ou cumpra pena por ocasião de atividade jurisdicional diversa da sua.

Não obstante a extradicação seja vislumbrada, comumente, como processo que ocorra de Estado para Estado, este trabalho defende a possibilidade de que seja parte em processo extraditório organismos internacionais, a exemplo do Tribunal Penal Internacional, visto que lhe foi conferida, em decorrência do Estatuto de Roma, competência para julgar e cominar pena a quem pratique crimes específicos listados nesse mesmo Estatuto (Art.5º), possuindo, pois, exercício jurisdicional próprio.

Celso D. de Albuquerque Mello explica, em clássica obra, que: "a extradicação pode ser definida como sendo o ato por meio do qual um indivíduo é entregue por um Estado a outro, que seja competente para processá-lo e puni-lo."⁴

Em conceito apresentado pelo internacionalista Francisco Rezec, extradicação "é a entrega, por um Estado a outro, e a pedido deste, de pessoa que em seu território deva responder a processo penal ou cumprir pena"⁵.

O eminente professor Hidelbrando Accioly, por sua vez, ensina que

a extradicação é o ato mediante o qual um Estado entrega a outro indivíduo acusado de haver cometido crime de certa gravidade ou que já se ache condenado por aquele, após haver-se certificado de que os direitos humanos do extraditando serão garantidos.⁶

⁴ Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Vol II. p. 981.

⁵ Cf. REZEC, Francisco, *Direito Internacional Público*. p. 197.

⁶ Cf. ACCIOLY, Hidelbrando e SILVA, G. E. do Nascimento e. *Manual de Direito Internacional Público*. p. 398.

Das definições ora transcritas, conclui-se que a finalidade precípua da extradição é garantir que indivíduos responsáveis por condutas criminosas não sejam brindados com a impunidade. Devem ser assegurados ao extraditando, contudo, consoante bem observou Hidelbrando Accioly em seu conceito, os direitos humanos, bem como um julgamento justo, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo XI: "Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido 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 a sua defesa".

O fundamento jurídico que norteia a extradição repousa na existência de um tratado entre os Estados envolvidos, ou entre um Estado e um organismo internacional, ou mediante "declaração de reciprocidade", na qual o Estado ora requerente se compromete a conceder a extradição no caso de prática de crime análogo em seu país, que o requerido venha a solicitar.

Ao Poder Judiciário, através do Supremo Tribunal Federal, incumbirá a apreciação dos pressupostos que, caso presentes, permitirão o deferimento do pedido extradicional.

Consoante classificação apresentada pelo doutrinador Francisco Rezec, "Um desses pressupostos diz respeito à *condição pessoal* do extraditando, vários deles ao *fato* que se lhe atribui, e alguns outros, finalmente, ao *processo* que contra ele tem ou teve curso no Estado requerente"⁷.

O pressuposto referente à pessoa do extraditando requer que o mesmo não seja nacional, uma vez que o legislador Constituinte originário brasileiro de 1988 restringe a extradição apenas aos estrangeiros; sendo ressalvada, todavia, a hipótese de extraditar brasileiro naturalizado, caso haja praticado crime comum antes de sua naturalização ou por

⁷ Cf. REZEC, Francisco, *Direito Internacional Público*. p. 202.

comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes ou drogas afins, inadmitindo extradição instrutória (ver tópico seguinte).

No que concerne aos pressupostos decorrentes do fato imputado ao extraditando, deve ser observado o princípio da identidade, a saber, a conduta deve ser considerada crime por ambas as legislações, tanto a do requerente como a do requerido. Atente-se para o fato de que a conduta deve ser tipificada como crime, não constituindo causa de concessão de extradição a prática de meras contravenções.

O fato criminoso atribuído ao extraditando deve, pois, conter certa gravidade e estar na seara do direito comum, excluindo-se, portanto, os casos que versarem sobre crime político, estes assim definidos pelo Supremo Tribunal Federal, visto que vedada constitucionalmente a hipótese de se conceder extradição a criminoso político (art. 5º, LII).

Há, outrossim, a necessidade de que a conduta criminosa não esteja extinta pelo decurso do tempo.

O pressuposto condizente ao processo penal no qual o extraditando comporá como parte proíbe que o mesmo seja conduzido por juízo ou tribunal de exceção, já que disposição constitucional (art. 5º, XXXVII, CF/88) inadmite que litígios sejam solucionados por tribunais desta natureza, tópico que será objeto de análise neste estudo.

1.3. Espécies.

As espécies de extradição traduzem algumas das formas em que o instituto em comento se manifesta, a saber:

a) Quanto à subordinação das normas jurídicas:

Extradição de fato: utilizada comumente nas regiões de fronteira, não leva em conta nenhum procedimento jurídico. Apenas se procede à entrega do extraditando sem ser a ele assegurado nenhum direito.

Extradição de direito: é aquela realizada segundo os ditames das normas jurídicas nacionais e internacionais. É o procedimento que deveria ser adotado em qualquer processo extraditório, vez que toda extradição deveria ser realizada segundo a orientação normativa jurídica.

b) Quanto aos envolvidos no processo extraditório:

Extradição ativa: extradição vista sob a perspectiva do requerente, de quem faz o pedido extraditório.

Extradição passiva: ao contrário da ativa, esta é vista sob a ótica do requerido, de quem recebe o pedido de extradição.

c) Quanto ao objetivo:

Extradição instrutória: este tipo de extradição se opera quando o pedido extraditório objetiva submeter o indivíduo acusado a processo criminal.

Extradição executória: o fundamento do pedido de extradição é fazer com que o acusado, já submetido a processo penal, venha a cumprir a pena à qual foi condenado.

Destaque-se que há discussão sobre o fato de ser possível ou não a extradição de nacionais ao Tribunal Penal Internacional e que forma de extradição seria a admitida, no entanto cabe a ressalva de que sempre se daria para que respondessem por crimes definidos como tais pelo Tratado de Roma, uma vez que se já houvesse julgamento por tribunal nacional tal entrega não se operaria.

CAPÍTULO II: TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

2.1. Antecedentes Históricos.

A primeira experiência de instauração de um Tribunal Penal Internacional de que se há registro é datada de 1474, quando Peter von Hagenbach, nomeado governador da cidade de Breisach, na Alemanha, pelo Duque de Borgonha, foi julgado por haver consentido que suas tropas cometessem diversos crimes, tais como estupros, homicídios, em tempos não hostis, instaurando verdadeiro governo de terror naquela localidade.

Na realidade, esta corte montada para julgar Peter von Hagenbach não consistiu em verdadeiro Tribunal Internacional, vez que os juízes constituídos eram oriundos de nações que resguardavam relações com o Sacro Império Romano-Germânico, descaracterizando, pois, a idéia de um Tribunal Internacional propriamente dito.

O julgamento de Peter von Hagenbach, ademais, não sugeriu a criação de um Tribunal Penal Internacional permanente. Somente em 1872 que Gustav Moynier, um dos idealizadores da Cruz Vermelha, diante das barbáries cometidas durante a Guerra Franco-Prussiana, dispôs-se a favor de uma corte permanente que julgasse os responsáveis pela violação da Convenção de Genebra de 1870. A proposta, porém, não animou a comunidade internacional que viu como utópica a idéia.

O ideal de construção de um tribunal penal internacional só é reforçado quando a comunidade internacional requer resposta aos atrozes crimes praticados em decorrência da Primeira Guerra Mundial.

Em virtude deste intento, várias foram as tentativas de criação de instituições internacionais desta natureza, porém sem lograr êxito. São exemplos a instauração do "Alto Tribunal composto de juízes oriundos de vários países", sugerida pela "Comissão sobre a Responsabilidade dos Autores da Guerra e sobre a Aplicação das Penas", bem como a própria

intenção do Tratado de Versalhes de estabelecer Tribunais *ad hoc*, que, no entanto, não teve efetivação prática.

Outro projeto foi esboçado em 1920 pelo "Comitê Consultivo de Juristas", que, convocado para delinear as diretrizes de instauração de um "Tribunal Internacional de Justiça Permanente", sugeriu que o "Alto Tribunal de Justiça Internacional" também fosse competente para julgar crimes de ordem internacional, que seriam endereçados ao tribunal pela Assembléia da Liga das Nações. Este organismo internacional, ao analisar a proposta, rejeitou o projeto por considerá-lo prematuro.

Cumulados com os resquícios da Primeira, os terrores da Segunda Grande Guerra, notadamente, o extermínio dos judeus pelos nazistas e a crueldade japonesa contra a China, propiciaram a instauração, imediatamente após a guerra, dos Tribunais de Nuremberg e de Tóquio. Foi a primeira vez que se atribuiu definição aos crimes propriamente internacionais.

O Tribunal de Nuremberg surgiu da reunião, em 1945, das quatro potências vitoriosas da Segunda Guerra Mundial (Reino Unido, Estados Unidos, França e a União Soviética) na Conferência de Londres, que decidiria a punição a ser cominada aos criminosos nazistas de alta patente.

Como resultado da Conferência, foi emitida a Carta de Nuremberg, que criava o TMI (Tribunal Militar Internacional), competente para julgar os "crimes contra a paz", "crimes de guerra" e "crimes contra a humanidade".

Ainda no mesmo ano, duas semanas antes do término da Conferência de Londres, as Quatro Potências expediram, ainda, a Declaração de Potsdam, que intencionava a mesma imposição punitiva para os criminosos de guerra japoneses.

Foi, então, que o Comandante Supremo das potências aliadas no Japão, o general Douglas MacArthur, estabeleceu o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente através da emissão da Carta de Tóquio. A jurisdição e funções do referido Tribunal estavam,

pois, estabelecidos por meio desta Carta, que previa também os crimes recém-tipificados pela Carta de Nuremberg, quais sejam, os crimes contra a paz e contra a humanidade.

Diante das experiências resultantes das Duas Guerras em favor da implantação de Tribunais aptos a julgar seus criminosos, pode-se constatar a parcialidade que permeou tais julgamentos, conforme afirmação de Antonio Cassese

"... esses conjuntos de experiências foram parciais, como todos sabem, pois impuseram a 'justiça' dos vitoriosos sobre os derrotados".⁸

Tendo em vista o caráter de parcialidade que qualificou os julgamentos no Tribunal de Nuremberg e no Tribunal de Tóquio e a constante referência a estes tribunais como aplicadores da "justiça dos vitoriosos"⁹, o sistema das Nações Unidas, no fim da década de 1940, viu a necessidade de implementação de uma jurisdição penal internacional permanente e imparcial.

Foi aprovada em Paris, no fim de 1948, a Convenção das Nações Unidas sobre genocídio, legitimava, em seu artigo 6º, a jurisdição de um Tribunal Penal Internacional, mas não mencionava sua criação.

Tal documento foi ratificado pelo Brasil em 15 de abril de 1952, promulgado através do decreto nº 30.882, de 6 de maio de 1952 e incorporado ao direito brasileiro mediante a lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956.

Em 1947, a Assembléia Geral das Nações Unidas deu origem ao Comitê para a Codificação do Direito Internacional, posteriormente, denominado de Comissão de Direito Internacional (CDI), com a finalidade de, entre outras, estabelecer um Estatuto para um Tribunal Penal Internacional.

⁸ Cf. CASSESE, Antonio. De Nuremberg a Roma: dos Tribunais Militares Internacionais ao Tribunal Penal Internacional *In. O Direito Penal no Estatuto de Roma: Leituras sobre os Fundamentos e a Aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional.* p. 8.

⁹ *Idem, Ibidem.* Assim mencionada a atividade jurisdicional nos Tribunais de Nuremberg e de Tóquio.

No entanto, conflitos de opinião acerca da matéria, oriundos de questões políticas, dispersavam as nações, terminando por inviabilizar o desenvolvimento do propósito a ser efetivado pelo Comitê.

Ainda assim, mesmo com as disjunções das grandes potências sobre o tema, foi apresentado pelo Comitê um Anteprojeto em 1951 e um texto revisado em 1953. Decidiu-se que este texto revisado ficaria suspenso até que outras pendências fossem solucionadas, tais como a definição consensual do crime de agressão, o que aconteceu somente vinte anos depois.

Voltou-se a falar sobre o tema em Congressos e Assembléias das Nações Unidas, mas nada de substancial foi resolvido.

Já nos primórdios da década de noventa, a CDI volta a se manifestar sobre a matéria, posicionando-se favoravelmente à possibilidade de instauração de uma jurisdição competente para julgar crimes contra a paz e a segurança da humanidade.

Com efeito, o posicionamento favorável à criação de uma jurisdição penal internacional por parte da CDI foi influenciado pelo novo cenário mundial marcado pela redemocratização e o fim da Guerra Fria. Consoante ensina Carlos Eduardo Adriano Japiassú a "queda do muro de Berlim, que representou o fim da 'guerra fria' e, com isso, a redução das tensões Leste-Oeste, foi um marco fundamental no desenvolvimento da idéia de um Tribunal Penal Internacional permanente".¹⁰

Com a abertura política, conseqüência do fim da bipolaridade caracterizadora da Guerra Fria, vários grupos étnicos vislumbraram a independência deles antes retirada pelo regime totalitário, a exemplo dos povos que compunham a Ex-República Socialista Federal da Iugoslávia.

Desse modo, sangrentas disputas foram travadas pelos movimentos étnicos a fim de obterem sua independência. Em decorrência desse panorama de hostilidade, foi decidido

¹⁰ Cf. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional. A internacionalização do Direito Penal*, p. 84.

pela instauração, em 25 de maio de 1993, de um Tribunal *ad hoc*, o Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia, o primeiro depois de Nuremberg e Tóquio.

Com vistas a dirimir os conflitos entre os movimentos étnicos que se insurgiram também em Ruanda, foi estabelecido, no ano seguinte, o Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

A necessidade de implementação desses Tribunais *ad hoc*, aliada às outras experiências vivenciadas com o Tribunal de Nuremberg e de Tóquio, aceleraram o objetivo de instauração de um Tribunal Penal Internacional permanente.

Em 1997, foi convocada uma conferência de plenipotenciários, a Conferência Diplomática de Roma, a ser sediada na capital italiana no interregno de 15 de julho a 17 de julho do ano seguinte.

A Conferência, em detrimento das incertezas quanto à sua possibilidade de êxito e em meio às dificuldades de comunicação, afinal foi necessário que o texto fosse traduzido em pelo menos seis idiomas, aprovou, em 1998, o Estatuto que estabelecia a criação do Tribunal Penal Internacional permanente, com a expressiva votação de 120 votos a favor, 7 contrários e 21 abstenções.

O Brasil, como já anteriormente citado, assinou o tratado em 2000, ratificando-o em 2002. O texto foi promulgado mediante o Decreto nº 4.388, de 25 de novembro de 2002 e respaldado pelo texto Constitucional através da inserção do §4º ao art. 5º pela Emenda Constitucional nº45/2004.

2.2.Características.

O Estatuto de Roma, documento que instaurou e regulamentou o Tribunal Penal Internacional, resultou da elaboração, na Conferência de Roma, de 128 artigos, que tratam: da criação do tribunal, sua jurisdição, admissibilidade e direito aplicável, princípios gerais de direito penal, composição e administração do Tribunal, investigação e persecução,

juízo, penas, apelação e revisão, cooperação internacional e assistência judicial, execução, assembléia dos Estados membros, financiamento e disposições finais¹¹.

"O Tribunal", conforme se referirá ao Tribunal Penal Internacional seu Estatuto, é definido, por ele mesmo, em seu artigo 1º: "O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e será complementar às jurisdições penais nacionais. A competência e o funcionamento do Tribunal reger-se-ão pelo presente Estatuto".

Destarte, trata-se o TPI de tribunal em caráter permanente, com competência jurisdicional para julgamento dos autores dos mais graves crimes contra a humanidade, obedecendo ao princípio da complementariedade às jurisdições nacionais por ele estatuído.

O TPI, que está vinculado à ONU, é organização internacional, com jurisdição que poderá ser exercida no território de qualquer Estado - Parte ou no território de outro Estado, mediante convenção.

A competência do TPI, consoante dito anteriormente, se restringe ao julgamento dos que cometam graves crimes de ordem internacional. Tais crimes encontram-se enumerados no próprio Estatuto de Roma, em seu artigo 5º, a saber: crime de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão.

A composição do TPI é delineada no artigo 34 do Estatuto de Roma, que arrola seus órgãos formadores: Presidência, uma Seção de Recursos, uma Seção de Julgamento em Primeira Instância e uma Seção de Instrução, o Gabinete do Procurador e a Secretaria.

O artigo 36 do Estatuto em comento delimita em 18 o número de juízes componentes do Tribunal, e prossegue, no inciso III, "a" do mesmo artigo, que "os juízes serão eleitos dentre pessoas de elevada idoneidade moral, imparcialidade e integridade, que reúnam os requisitos para o exercício das mais altas funções judiciais nos seus respectivos países". Prossegue, nas alíneas seguintes, afirmando a necessidade de que os candidatos a juiz

¹¹ *Idem, Ibidem.* p. 175.

devem possuir experiência e elevados conhecimentos em direito penal e processual penal, além de matérias relevantes de direito internacional, como direitos humanos e direito internacional humanitário.

A votação dos magistrados, segundo o disposto no artigo 36, VI, a, se dará mediante escrutínio secreto, em sessão da Assembléia dos Estados Partes especificamente convocada. Os juízes serão eleitos por maioria de dois terços dos Estados Partes presentes e votantes, para um mandato, em regra, de nove anos, sem direito a reeleição, *a priori*. Serão selecionados, por sorteio, três juízes para exercerem mandato de três anos, outro terço, para um mandato de seis anos e os restantes exercerão um mandato de nove anos. Poderão ser reeleitos os juízes que houverem sido sorteados para exercer mandato de três anos.

O presidente e seus dois Vices serão eleitos pela maioria dos juízes.

São determinadas as línguas oficiais do Tribunal, que são o inglês, o árabe, o chinês, o espanhol, o francês e o russo, idiomas das Nações Unidas.

A Procuradoria será um órgão independente, à qual incumbirá a iniciativa de investigação de crimes de competência do Tribunal, a pedido ou de ofício. O Procurador aferirá as informações sobre a prática da conduta criminosa e, concluindo pela necessidade da abertura de investigação, remeterá à Seção de Questões Preliminares um pedido de autorização para este feito.

Instaurado o processo, o Tribunal conduzirá o litígio até proferir sua decisão. Para que isto ocorra, os Estados Partes ficarão obrigados a cooperar e a prestar assistência judiciária ao Tribunal.

2.3. Objetivos de antes e atuais. Intuito das decisões deste Tribunal.

O anseio da sociedade internacional por respostas ao cometimento de graves crimes quando da explosão das duas Grandes Guerras e os decorridos dos efeitos

conseqüentes do fim Guerra Fria deram ensejo, como já visto, à implementação de Tribunais de exceção (*ad hoc*).

Tais tribunais, em virtude de sua própria natureza *ad hoc*, foram criados com finalidades específicas, exercendo jurisdição limitada aos crimes previamente tipificados por seus estatutos regulamentadores.

Assim é que foram instaurados os Tribunais de Nuremberg, de Tóquio, da ex-Iugoslávia e de Ruanda, cujas gêneses foram comentadas preliminarmente em tópico desta pesquisa.

As experiências obtidas com o exercício jurisdicional destes tribunais influenciaram, sem dúvida, na criação do Tribunal Penal Internacional, que surge com a proposta de pôr fim, definitivamente, às indignações da comunidade internacional perante a impunidade dos que cometem graves violações dos princípios mais fundamentais do direito humanitário.

Contudo, verifica-se que os ensaios anteriores vivenciados pela Justiça Penal Internacional não só influenciaram na institucionalização do Tribunal Penal Internacional como remanesceram características na sua essência que nos sugerem se tratar também a nova Corte Penal Internacional de mais um caso de tribunal *ad hoc*.

Senão, vejamos. Primeiramente, realça-se o fato de que o Estatuto de Roma predefine quais os tipos criminais ensejadores da atuação do Tribunal Penal Internacional em seu art. 5º, quais sejam, crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão, todos conceituados pelo mesmo Estatuto nos dispositivos seguintes.

O Tribunal de Nuremberg, exemplo declarado de tribunal de exceção, realiza, através do art. 6º de seu estatuto, o "Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg", a mesma tarefa de enumerar os crimes submetidos a sua jurisdição: crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade.

A Carta de Tóquio ("Carta do Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente") não procede de maneira distinta, discriminando em seu art. 5º os delitos julgados sob sua órbita: crimes contra a paz, crimes contra as convenções da guerra e crimes contra a humanidade.

O "Estatuto do Tribunal Internacional para a Ex-Iugoslávia" confere, ao Tribunal que regulamenta, competência para julgamento das violações graves à Convenção de Genebra de 1949, violações das leis ou dos costumes da guerra, genocídio e crimes contra a humanidade.

Faz o mesmo o "Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Ruanda" em seus artigos 2º (genocídio), 3º (crimes contra a humanidade) e 4º (violações do art. 3º comum às Convenções de Genebra e ao Segundo Protocolo Adicional).

Como bem se notou, a pré-definição de crimes é ato inerente à natureza de tribunais de exceção, instruídos que foram para atuar apenas em casos especiais, pré-discriminados. O Tribunal Penal Internacional, uma vez que traz disposição expressa dos tipos criminais a que lhe compete julgar, aproxima-se, não sorrateiramente, em sua essência aos tribunais de exceção.

Argumenta-se, entretanto, o fato de que a novel Corte Penal Internacional tem caráter universal e permanente, diferindo do propósito temporário e limitado que os tribunais *ad hoc* trazem em seu bojo.

Jean-Paul Bazelaire e Thierry Cretin posicionam-se acerca do tema, fazendo comparação entre os Tribunais Internacionais da ex-Iugoslávia e Ruanda, e a Corte Penal Internacional:

Os dois TPI's, considerados por alguns dos partidários da justiça penal internacional como o laboratório experimental da CPI, foram criticados por outros partidários dessa mesma justiça como sendo a instituição de uma justiça parcial, visto que *ad hoc*: uma justiça seletiva no tempo e no espaço, enquanto a justiça é, por definição, universal e permanente. A instituição da CPI responde a essa crítica tentando atenuá-la. Observando atentamente, a CPI só corrige uma das duas críticas e ainda

de forma imperfeita; a CPI não é universal e, se ela é permanente, ela só tem competência para o futuro.¹²

Ademais, explicam os autores que

Ela [CPI] não é universal, pois só pode atuar para os fatos cometidos nos Estados - Parte. Quando se fala de sua permanência, é preciso obrigatoriamente falar no futuro: ela só será permanente a partir de sua entrada em vigor [...].¹³

E, ao final, constata-se que

Há uma contradição em afirmar, de um lado, o caráter imprescritível dos crimes contra a humanidade e, de outro, permitir a ação da CPI apenas para os fatos posteriores à sua entrada em vigor. *Quid* de todos os genocídios e crimes contra a humanidade cometidos em um passado recente ou ainda perpetrados atualmente? Seus autores ainda vivos seriam capazes de comparecer? Compreende-se facilmente que a condição da assinatura dessa convenção por vários países está justamente na certeza de que o passado não alcançará seus dirigentes ou algum outro responsável.¹⁴

Das considerações tecidas pelos autores, infere-se a estreita relação que o Tribunal Penal Internacional possui com as experiências anteriores de tribunais de exceção, visto que suas características de universalidade e perenidade são, visivelmente, contestáveis.

Outrossim, alega-se que os tribunais *ad hoc* eram regidos pelo princípio da primazia em função de os mesmos haverem sido instituídos pelo Conselho de Segurança da ONU. Assim é que os tribunais de exceção teriam prevalência sobre as jurisdições nacionais, consoante o disposto nos artigos 9º e 8º dos Estatutos regulamentadores dos Tribunais da ex-Iugoslávia e Ruanda, respectivamente.

A jurisdição do Tribunal Penal Internacional, ao contrário, obedece ao princípio da complementaridade, declarado no próprio Estatuto de Roma, segundo o qual somente se a justiça nacional não se dispusesse ou não gozasse de condições para julgar o feito é que seria o referido Tribunal chamado a exercer suas atividades jurisdicionais.

Ocorre que a falta de interesse ou ausência de condições para levar a cabo o julgamento da conduta criminosa por parte da jurisdição nacional serão invocadas sempre que

¹² Cf. BAZELAIRE, Jean-Paul e CRETIN, Thierry. *A Justiça Penal Internacional*. Sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia. p.63.

¹³ *Idem, Ibidem*. p. 64.

¹⁴ *Idem, Ibidem*. p. 64.

o Tribunal Penal Internacional se entender competente para a causa, vez que a própria Corte decidirá se é caso ou não de sua incidência no feito.

Dito em outras palavras, o Tribunal Penal Internacional, a seu juízo, examinará se estão presentes algumas das alegações que justificam sua competência para o julgamento da causa, furtando a competência da jurisdição nacional, consoante lhe é conferido pelo art. 17 do Estatuto de Roma.

Tendo em vista que o Tribunal Penal Internacional avalia, de forma subjetiva, se é competente ou não para determinado feito, denegando a atividade jurisdicional do Estado-Parte, a primazia para o julgamento do crime pré-definido pelo seu Estatuto é do próprio Tribunal, consistindo o princípio da complementaridade em mitigação do princípio da primazia que regia os tribunais *ad hoc*.

De Plácido e Silva conceitua tribunal de exceção, considerando que

Em oposição ao sentido de comum, ou ordinário, tribunal de exceção, entende-se o que se estabelece, ou se institui, em caráter especial, ou de exceção, para conhecer e julgar questões excepcionalmente ocorridas e suscitadas. Em regra, os tribunais especiais, ou de jurisdição especial, são tribunais de exceção.[...] Desse modo, **exceção é a qualidade que se atribui ao tribunal quando, havendo tribunal comum, a que se afeta determinada questão, em razão da pessoa, ou pela natureza excepcional do fato, é subtraído do tribunal comum para ser entregue ao excepcional.**¹⁵ (Grifo nosso).

Desse modo, se ao Tribunal Penal Internacional deve ser entregue a causa sempre que o próprio Tribunal emitir juízo discricionário favorável à entrega da mesma, subjugando a jurisdição nacional do Estado-Parte, reveste-se o Tribunal em comento de nítida excepcionalidade, amoldando-se perfeitamente à definição de De Plácido e Silva e constituindo, pois, um modelo a mais de tribunal *ad hoc*.

Diante dos argumentos expostos acima, entende-se que o Tribunal Penal Internacional foi criado para abrandar as discussões que se acirravam e cobravam solução definitiva para conter a impunidade dos autores dos mais graves crimes contra a comunidade internacional, consequência da euforia que se estabeleceu com as bem-sucedidas instaurações dos Tribunais da ex-Iugoslávia e de Ruanda, exemplos mais recentes de tribunais *ad hoc*.

¹⁵ Cf. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, p. 419

Assim, o Tribunal Penal Internacional foi instaurado através de convenção entre os Estados para que se evitasse a instauração de tribunais para fins específicos por parte do Conselho de Segurança da ONU, conforme se infere dos apontamentos de Antônio Cassese:

Após a decisão de criar o Tribunal de Ruanda, que demandou muito tempo e esforço para funcionar, pode-se dizer que o Conselho de Segurança chegou a um ponto de “fadiga de Tribunal”. Na verdade, a logística para se estabelecerem Tribunais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e Ruanda desgastou as capacidades e os recursos da ONU e consumiu o tempo do Conselho de Segurança.¹⁶

Acredita-se, pois, que a essência do Tribunal Penal Internacional continua a mesma de seus antecessores, não transmutando o caráter de jurisdição especial que eivou os tribunais *ad hoc* já instaurados.

A qualidade de tribunal de exceção atribuída ao Tribunal Penal Internacional pode confrontar seriamente direito fundamental constitucionalmente garantido que nega a existência de tribunais desse tipo na seara jurisdicional brasileira (art. 5º, XXXVII).

Por este motivo, deve-se ter em vista quais os impactos advindos com a incorporação do tratado de Roma ao direito interno, bem como qual sua posição dentro da hierarquia normativa brasileira a fim de que se analise a legitimidade da entrega (extradição) de nacionais a Cortes de natureza excepcional como o Tribunal Penal Internacional.

¹⁶ Cf. CASSESE, Antonio. De Nuremberg a Roma: dos Tribunais Militares Internacionais ao Tribunal Penal Internacional *In. O Direito Penal no Estatuto de Roma: Leituras sobre os Fundamentos e a Aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional.* p. 15.

CAPÍTULO III: HIERARQUIA E RECEPÇÃO DO TRATADO DE ROMA PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA. EXTRADIÇÃO E ENTREGA. INCONSTITUCIONALIDADE E DISCUSSÃO DOUTRINÁRIA.

3.1. Incorporação dos tratados no direito brasileiro.

O processo de incorporação dos tratados para o direito brasileiro obedece, a despeito da divergência doutrinária que circunda o tema, aos ditames da teoria dualista, segundo a qual há dois ordenamentos jurídicos diferenciados, o internacional e o interno.

Dessa forma, um tratado não adentra o ordenamento jurídico brasileiro diretamente, sendo suficiente para tanto a concordância parlamentar mediante um decreto legislativo, após a negociação e assinatura pelo Executivo.

Não há regra positivada no que tange ao processo de incorporação dos tratados no direito brasileiro, sendo, porém, a mesma a prática desses procedimentos incorporativos desde os tempos da proclamação da República, com jurisprudência firmada na doutrina brasileira de direito internacional público.

São distinguidas, dentro do processo de incorporação de tratados ao direito interno, as fases de negociação, assinatura, aprovação legislativa, ratificação, promulgação e publicação.

A negociação será a fase preliminar, onde haverá discussão e elaboração do texto do tratado. Essa fase, assim como a de assinatura, são realizadas ainda em âmbito internacional e, por isto mesmo, são de competência do Executivo.

Ao se ter em vista o art. 49, I da CF/88, questionou-se a obrigatoriedade de apreciação parlamentar em todos os tratados ou somente naqueles que envolvessem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Corroborar-se o entendimento da professora Nélida Cervantes que, em sua dissertação, admite a problemática e posiciona-se a respeito

Mais coerente e democrático, por ser o Congresso Nacional representante da vontade popular, seria que todos os tratados passassem pelo crivo do Poder Legislativo, sobretudo pelo fato de que, ao se obrigar internacionalmente, sempre haverá encargos ocasionados à população sejam eles de que natureza forem.¹⁷

A competência para firmar tratados é do Presidente da República ou de seus representantes, auxiliado pelo Ministério das Relações Exteriores (Itamaraty), cuja atribuição foi conferida por força do Decreto nº 99.578/90.

A apreciação do texto do tratado assinado, realizada pelo Poder Legislativo, inicia-se com mensagem encaminhada à Câmara dos Deputados pelo Presidente da República, juntamente com o inteiro teor do texto do tratado e da exposição de motivos apresentada pelo Itamaraty. Vale a ressalva de que o ato de ratificação é discricionário do Presidente da República, que dará prosseguimento ao processo de incorporação após avaliar a conveniência, não se submetendo a nenhum prazo para tal.

O processo é remetido às Comissões da Câmara (Relações Exteriores e Constituição e Justiça) para que, depois da emissão de parecer, retorne ao plenário da Câmara para votação. Posteriormente, o texto será submetido ao Senado, exigindo-se o quorum da maioria absoluta de ambas as Casas para restar aprovado. Em detrimento de não haver prazo fixo para a conclusão de tal apreciação legislativa, o Presidente da República poderá requerer prioridade ou urgência para tanto.

Uma vez aprovado, o consentimento do Congresso Nacional será formalizado em um decreto legislativo, promulgado pelo presidente do Senado Federal e publicado no Diário Oficial da União.

Se da apreciação da Câmara resultar rejeição ao texto do tratado, há divergência doutrinária em considerar se o mesmo ainda será submetido ao Senado ou não. De toda sorte,

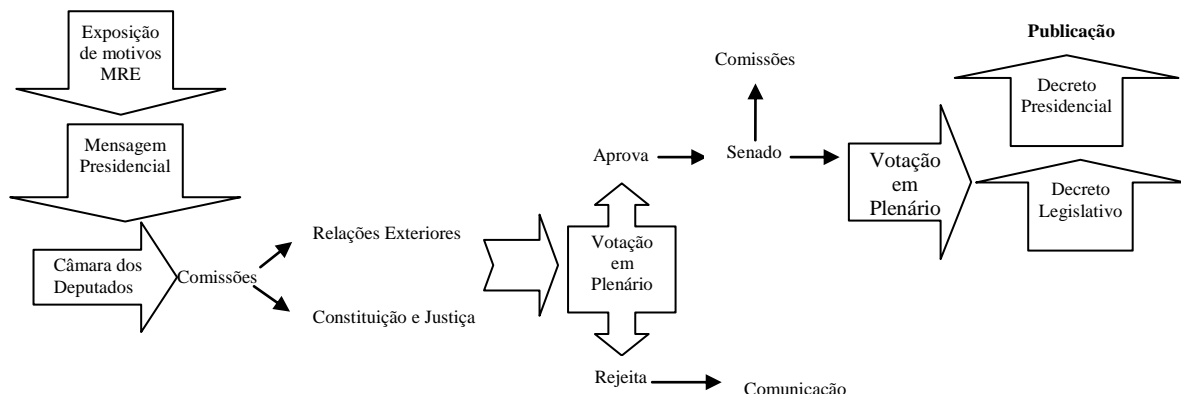
¹⁷ CERVANTES, Nélida Astezia Castro. *Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos: vícios na Emenda Constitucional 45/2004*. p. 58.

o tratado só será incorporado se satisfizer o quorum estabelecido para aprovação - de maioria absoluta - nas duas Casas, quando então será promulgado e publicado na imprensa oficial da União.

Salienta-se o fato de que o consentimento do Congresso Nacional ao texto do tratado não obriga o Presidente da República a ratificá-lo, conforme afirmado anteriormente. O mesmo não se procede quando a resposta do Poder Legislativo for negativa, ocasião em que não se emitirá decreto, apenas comunicar-se-á sua refutação ao Chefe do Executivo, que estará vinculado a essa decisão parlamentar.

Com a publicação do texto aprovado, está o Presidente da República autorizado a ratificar o tratado. Para que o mesmo passe a vigor no ordenamento jurídico brasileiro, o Chefe do Executivo emitirá uma ordem de execução, formalizada em um decreto presidencial.

Fazendo, ainda, menção a seu trabalho, a professora Nélide Cervantes¹⁸ esquematiza em um diagrama as fases de incorporação dos tratados ao âmbito interno, sintetizando-as de forma didática e inteligível:



Ressalta, ainda, a mesma autora¹⁹ que esse processo de incorporação não é extenso a todos os tipos de tratado, a exemplo dos tratados que versam sobre direitos humanos, que adentram nosso ordenamento jurídico de modo diverso, específico.

¹⁸ *Idem. Ibidem.* p. 61.

¹⁹ *Idem, Ibidem.* p. 61.

3.2. Hierarquia Constitucional dos Tratados sobre Direitos Humanos. Conflitos entre lei interna e internacional.

Com o advento da Constituição de 1988 e a consagração dos direitos fundamentais trazidos em seu cerne, decretava-se o fim da era ditatorial iniciada em 1964 e a conseqüente derrocada da austera política de restrição dos direitos individuais imposta por esse regime.

Assim é que os dispositivos constitucionais que acresciam ou devolviam ao indivíduo seus direitos anteriormente subtraídos foram festejados pela doutrina, a exemplo do art. 5º, § 2º da CF/88, que assegura que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Segundo o que se depreende do texto do dispositivo constitucional em comento, o Brasil admite que seja aferida natureza constitucional aos direitos e garantias oriundos dos tratados dos quais o Brasil é parte. Dessa maneira, a Constituição brasileira de 1988, ao estabelecer tal norma, nega a exaustão do rol dos direitos e garantias estatuídos pelo Constituinte Originário, possibilitando, assim, que o elenco desses direitos e garantias seja complementado por normas internacionais, a exemplo dos tratados de que participa o Brasil.

Tendo em vista que o Tratado de Roma versa em seu bojo sobre direitos humanos, é mister que se observe, em breve análise, qual a posição hierárquica conferida a tratados desta natureza, determinando o procedimento de recepção dessas normas internacionais no ordenamento jurídico brasileiro.

O tema é, de fato, divergente. Variada é a doutrina acerca da forma de aplicação, bem como o status que as normas internacionais advindas de tratados de direitos humanos possuirão dentro da hierarquia normativa brasileira face à supremacia constitucional e as demais normas internas.

No que concerne à aplicabilidade, as posições controvertidas sobre a matéria advêm da natureza da norma contida no art. 5º, § 2º da CF/88, que é de caráter aberto, visto que prevê a inserção de outros direitos individuais além dos enumerados no art. 5º, que é, por isto mesmo, rol exemplificativo, como antes já salientado.

Desse modo, questiona-se se os tratados sobre direitos humanos são aplicáveis imediatamente com sua incorporação ou se carentes de outra legislação que os regule.

Prevaleceu a doutrina que defendeu a aplicabilidade imediata quando o tratado o qual o Brasil for parte versar em seu bojo sobre direitos humanos, não sendo necessária qualquer manifestação do Poder Legislativo para incorporá-lo ao direito interno.

A discussão ainda paira quando o assunto é determinar qual a posição hierárquica assumida pelo tratado de direitos humanos ao adentrar o ordenamento jurídico pátrio.

Flávia Piovesan, admitindo a controvérsia em torno da definição da hierarquia das normas oriundas de tratados sobre direitos humanos, propõe uma classificação dos mesmos: “a) hierarquia supraconstitucional de tais tratados; b) hierarquia constitucional; c) hierarquia constitucional, mas supralegal e d) a paridade hierárquica entre tratado e lei federal”.²⁰

Na tentativa de sanar as dúvidas suscitadas, a Constituição Brasileira de 1988 acresceu ao artigo 5º o § 3º, estabelecendo condições formais para que os tratados sobre direitos humanos assumidos pelo Brasil fossem erigidos a nível constitucional: “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”.

Destarte, como bem observou a professora Nélide Cervantes, diferencia-se em dois momentos o trato da matéria que cuida da hierarquia conferida aos tratados de direitos

²⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. p. 71.

humanos firmados pelo Brasil, um anterior à Emenda Constitucional nº 45 e outro que lhe é posterior.²¹

Por não pretender esta pesquisa se aprofundar em estudos sobre o § 3º do art. 5º, cinge-se aqui ao apontamento de que o novel dispositivo não logrou seu objetivo de tornarem findas as discussões acerca do posicionamento hierárquico conferido aos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é parte.

Ao contrário, o dispositivo em comento restringiu a assunção dos tratados sobre direitos humanos a nível constitucional quando condicionou a observância do mesmo quorum das emendas constitucionais para que tais tratados adentrassem o ordenamento jurídico pátrio com força constitucional.

No entender desta pesquisa, os tratados que versarem sobre direitos humanos firmados pelo Brasil serão internalizados de forma imediata e com o status que lhe conferiu o §2º do art. 5º, qual seja, o de norma materialmente constitucional, resguardando a paridade hierárquica entre tratado e norma constitucional.

Contudo, tal paridade só se verifica quando o tratado em questão for de direitos humanos. Diferenciando os tratados que versam sobre direitos humanos dos demais tratados, ditos tradicionais. Flávia Piovesan defende em sua obra que “... enquanto os demais tratados internacionais têm força hierárquica infraconstitucional, os direitos enunciados em tratados internacionais de proteção dos direitos humanos apresentam valor de norma constitucional.”²²

O Supremo Tribunal Federal, não obstante, possui entendimento diverso, equiparando os tratados à lei federal, inclusive os que versarem sobre direitos humanos, conferindo, pois, a estes mesmos tratados hierarquia infraconstitucional.

²¹ *Idem. Ibidem.* p. 82.

²² PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.* p. 87.

Uma vez admitida a equiparação dos tratados sobre direitos humanos dos quais participa o Brasil às normas constitucionais, tais tratados, em virtude do disposto no §2º do art. 5º, passam a fazer parte do rol dos direitos fundamentais assegurados pelo direito interno.

Contudo, segundo ensinamento de Flávia Piovesam,

o direito enunciado no tratado internacional poderá: a) coincidir com o direito assegurado pela Constituição (neste caso a Constituição reproduz preceitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos; b) integrar, complementar e ampliar o universo de direitos constitucionalmente previstos; ou c) contrariar preceito do direito interno.²³

Assim, ao ser internalizada norma oriunda de tratado de direitos humanos, pode-se acarretar o conflito entre a referida norma internacional e o que já se encontra disposto constitucionalmente no direito pátrio.

A solução para tal confrontação normativa também é-nos, salutarmente, dada por Piovesam, que afirma inexistir discussão a respeito de uma prevalência imutável da norma internacional em detrimento da interna ou vice-versa. Assevera a autora que, em casos de conflito, o direito a ser empregado será o mais favorável à vítima²⁴, sendo indiferente, portanto, o fato de ser aplicada norma interna em um caso e, em outro, a oriunda de tratado.

O Tratado de Roma está erigido a nível de norma constitucional, já que versa sobre direitos humanos. No entanto, padece de vícios, a exemplo da previsão de entrega de nacionais à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, que devem ser detectados e sanados, utilizando-se, para isso, o critério de prevalência da norma mais benéfica ao indivíduo. Neste caso específico, a disposição normativa mais benéfica ao indivíduo é a interna, corporificada no art. 5º, LI, segundo a qual se assegura a não extradição de brasileiros natos.

²³ *Idem. Ibidem.* p.91-92.

²⁴ *Idem, Ibidem.* p. 99-100.

3.3. Extradução e Entrega. Proibição contida no art. 5º, LI da CF/88. Limites ao Poder de Reforma.

De acordo com as normas assentadas pelo Estatuto de Roma, os Estados, em resposta ao compromisso assumido, por ocasião do aceite do referido estatuto, de cooperar para que os fins perseguidos pelo Tribunal Penal Internacional sejam alcançados, deverão proceder à entrega do acusado ao TPI para julgamento e aplicação das penas a ele cominadas.

Estabelece o artigo 102 do referido estatuto que “Por entrega, entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal nos termos do presente Estatuto”.

Portanto, a entrega é, conforme se extrai do dispositivo em liça, instituto que se opera entre um Estado e o Tribunal Penal Internacional, constituindo esta entrega uma das obrigações fundamentais previstas no Estatuto de Roma em seu artigo 81 (a) a ser observada pelos Estados Partes.

O conceito apresentado pelo Estatuto de Roma é polêmico, já que suscita a possibilidade de equiparação entre o que se chamou de entrega e o instituto da extradição, vedada a de brasileiros natos pela guarida constitucional do artigo 5º, LI da CF/88.

Valendo-se das definições de extradição transcritas anteriormente e de outras que a elas se assemelham, doutrinadores²⁵, sob uma perspectiva puramente gramatical, entendem não ser a extradição o mesmo que a entrega de nacionais. Portanto, estaria estabelecida a diferença entre os dois institutos e nenhuma incongruência haveria no texto constitucional quanto à submissão ao Tribunal Penal Internacional.

Pode-se apontar como diferença entre os termos o fato de que o processo extraditório se dá de Estado para Estado, enquanto o disposto no Estatuto de Roma, como visto preliminarmente, prevê a entrega de indivíduo por um Estado ao Tribunal Penal

²⁵ SANTOS, Sandro Schmitz. *As aparentes dificuldades de implementação e aplicação do Tratado de Roma no direito interno dos Estados-Partes: algumas considerações*; MEDEIROS: Antônio Paulo Cachapuz de. *O Brasil e o Tribunal Penal Internacional*, dentre outros. Disponível em: <<http://www.adenauer.com.br/download/analise/direipenal.pdf>> e <<http://www.neofito.com.br/artigos/art01/penal126.htm>> Acesso em: 06/07/05.

Internacional, e não a outro Estado. Os doutrinadores²⁶ que encontram este diferencial entre os citados termos afastam, dessa forma, do terreno da inconstitucionalidade o § 4º acrescido pela EC nº 45/04 ao art. 5º da CF/88.

Tal distinção por eles defendida é feita pelo próprio Estatuto de Roma em seu art. 102, consoante descrição anterior, numa tentativa, certamente, de aclarar qualquer posterior questionamento e de impedir que este dispositivo se torne controverso a exemplo do disposto nos textos de constituições como a brasileira.

O intuito do Estatuto de Roma, como bem se notou, não foi observado em sua plenitude, uma vez que há outra corrente de estudiosos, da mesma linha de pensamento de Tércio Tokano²⁷, que discordam da diferenciação feita entre entrega e extradição.

Igualmente, Luis Fernando Sgarbossa e Geziela Jensen expõem a tentativa de equiparação dos termos em comento, vez que, para os autores

a distinção entre a entrega e a extradição foi uma criação *ditada* pela necessidade de se acomodarem dispositivos normativos conflitantes, vale dizer, os de direito interno dos Estados-partes, 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 (art.120).²⁸ (Grifo dos autores).

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

na tentativa de compatibilizar as previsões do Estatuto de Roma com as normas constitucionais, alguns doutrinadores não hesitam em incidir em contradições lógicas. Assim sendo, para justificar a entrega ao TPI, alega-se que não se trata de verdadeira extradição a tribunal estrangeiro, mas tão-somente de entrega a um tribunal internacional que faz parte da jurisdição nacional.²⁹

²⁶ Veja nota anterior.

²⁷ TOKANO, Tércio. *As contradições do tribunal Penal Internacional*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2199>. Acesso em: 14/07/05.

²⁸ SGARBOSSA, Luís Fernando e JENSEN, Geziela. *As opções políticas do Estatuto de Roma e seu impacto em relação ao regime jurídico – constitucional dos direitos fundamentais no Brasil*. Disponível em : <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8849>. Acesso em: 13/12/06.

²⁹ Cf. DIMOULIS, Dimitri. O art. 5º , § 4 da CF: dois retrocessos políticos e um fracasso normativo *In* TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALCORÓN, Pietro de Jesús Lora, *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. p. 115. A sigla TPI significa Tribunal Penal Internacional.

É sabido que a melhor hermenêutica a ser utilizada é a que emprega o método de interpretação teleológica em detrimento do gramatical, tendo em vista que leva em conta o fim último pretendido pela norma³⁰. Dessa forma, como extradição comporta, necessariamente, em entrega, a distinção entre esses termos, ao contrário do alegado pela corrente que a sustenta, não procede.

Não se pode, assim, pretender estabelecer diferenciações apenas nominativas entre institutos que são, notadamente, equivalentes porque de naturezas jurídicas iguais. A natureza jurídica não é, pois, definida pelas partes que compõem a relação, consoante questionam e exemplificam Luis Fernando Sgarbossa e Geziela Jensen

Pergunta-se: a natureza jurídica dos institutos de direito é definida pelos *participantes da relação*? Exemplificando: contrato de venda e compra celebrado entre uma *pessoa natural* e outra *pessoa natural*, é, por acaso, instituto jurídico diverso (leia-se: ostenta natureza jurídica diversa) de contrato de venda e compra celebrado entre uma *pessoa natural*, e uma *pessoa jurídica de direito público*? Ou ainda, contrato de venda e compra celebrado entre *pessoa natural* ou *jurídica de direito privado*, e *pessoa jurídica de direito público* deixa de ser contrato de venda e compra, pela simples mudança das partes na relação? A resposta nos parece clara: uma vez preenchidos os requisitos legais, configurado está o ato, sendo desimportante, em princípio, as partes que dele tomam parte, nem tampouco a denominação que porventura se-lhe dê, no que se refere à sua natureza jurídica. O exemplo é do direito privado, mas o mesmo verifica-se no direito público. (Grifos dos autores)³¹.

Para ao final arrematarem

Ora, proceder à prisão de um indivíduo e proceder à sua entrega a Estado estrangeiro era *extradição*, é *extradição* e *extradição* continua sendo, antes e depois do Estatuto de Roma, não importa o nome que se-lhe dê. O fato de a entrega ser feita a um organismo internacional não transmuda a natureza jurídica do instituto (e nem poderia fazê-lo, haja vista a existência de norma constitucional proibitiva da extradição do nacional que não pode ser simplesmente *burlada*). (Grifos dos autores)³².

Contudo, a doutrina³³ que sustenta a diferença entre extradição e entrega admite ser a jurisdição do TPI prolongamento da brasileira, conforme o próprio Estatuto de Roma prevê em seu artigo 1º, consolidando o princípio da complementaridade por ele adotado: “...

³⁰ Cf. MAGALHÃES, Glauco Barreira Filho. *Hermenêutica Jurídica Clássica*. p. 40.

³¹ SGARBOSSA, Luís Fernando e JENSEN, Geziela. *As opções políticas do Estatuto de Roma e seu impacto em relação ao regime jurídico – constitucional dos direitos fundamentais no Brasil*. Disponível em : <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8849>. Acesso em: 13/12/06.

³² *Idem. Ibidem*.

³³ Veja nota 25.

O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e será complementar às jurisdições penais nacionais”.

Não poderiam proceder de maneira distinta: se compreendessem que as jurisdições do Tribunal Penal Internacional e a brasileira estão em âmbitos diversos, abrir-se-ia espaço para que a entrega de nacional ao TPI se transformasse em extradição, visto que, mesmo argumentando que esta só se opera entre Estados, na realidade, a extradição tem como fim a submissão de indivíduo a uma jurisdição diversa, competente para julgar os atos decorrentes de sua conduta criminoso ou para aplicar-lhe a pena devida. Desse modo, o processo extraditório confundir-se-ia com a entrega, negando, pois, a afirmação primeira, e o art. 5º, LI da CF/88 seria gravemente afetado, dada sua disposição em favor da não extradição de brasileiros natos. Configurar-se-ia, portanto, uma inconstitucionalidade, uma vez que norma oriunda de Poder Constituinte Derivado atingiria, visivelmente, norma advinda de Poder Constituinte Originário³⁴.

Corroborando a diferença entre os termos em comento, Valério de Oliveira Mazzuoli não vê óbice à entrega de nacionais ao TPI vez que, para o autor

Parece clara, assim, a distinção entre a entrega de um nacional brasileiro a uma corte com jurisdição internacional, da qual o Brasil faz parte, por meio de tratado que ratificou e se obrigou a fielmente cumprir, e a entrega de um nacional nosso (esta sim proibida pela Constituição) a um tribunal estrangeiro, cuja jurisdição está afeta à soberania de uma outra potência estrangeira, que não a nossa e de cuja construção nós não participamos com o produto de nossa vontade³⁵.

Igualmente, Carlos Eduardo Adriano Japiassú anota em sua obra que “A hipótese de entrega de nacional para julgamento pelo Tribunal Penal Internacional significa a entrega de indivíduo perante Tribunal Internacional, do qual o Brasil é membro, e não a Tribunal estrangeiro”.³⁶

³⁴ Cf. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. p. 61.

³⁵ Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro*, p. 69.

³⁶ Cf. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional – A Internacionalização do Direito Penal*, p. 215.

Ocorre, porém, que, conforme se extrai das definições de jurisdição construídas por doutrinadores como Ada Pellegrini Grinover, a atividade jurisdicional é função do Estado e monopólio do poder estatal, acrescentando que

A jurisdição é, ao mesmo tempo, *poder, função e atividade*. Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete. O poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado (devido processo legal)³⁷ (Grifo dos autores)

Assim sendo, não há como considerar a jurisdição do TPI como extensão da brasileira se regras estabelecidas no texto do Estatuto de Roma não conferem a garantia exigida para a obtenção do devido processo legal, princípio basilar da atividade jurisdicional brasileira, como por exemplo:

- a) O monopólio do procedimento de punição do TPI imposto no artigo 23;
- b) A perda da garantia das imunidades aferidas pela CF/88 em função de cargo, disposta no artigo 27;
- c) A imprescritibilidade dos crimes, contida no artigo 29;

Destarte, forçosa é a projeção da jurisdição brasileira à do TPI, vez que resulta desarrazoado admitir que façam parte da jurisdição brasileira normas oriundas do Estatuto de Roma que claramente confrontam ou não asseguram as garantias que certificam o devido processo legal conferidas pela CF/88.

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

³⁷ Cf. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria Geral do Processo*. p. 131.

Assim é que Sgarbossa e Jensen adotam posicionamento favorável à consideração da inconstitucionalidade do referido dispositivo quando criticam a desvirtuada diferença instituída pelo Estatuto de Roma entre extradição e entrega:

“A distinção do art. 102 do Estatuto é tão *artificial* quanto *artificiosa* e não é apta a burlar preceito cogente e imperativo de nossa Constituição, que prevalece, no particular, sobre o direito convencional, o qual aqui se revela inconstitucional”.³⁸ (Grifos dos autores).

Com efeito, se assim não se procedesse, abrir-se-iam precedentes para que o legislador infraconstitucional instituisse diferenciações puramente literais entre institutos jurídicos a seu bel-prazer, desconceituando preceitos conferidos e resguardados pela própria Carta Magna.

Improcedentes e refutáveis, portanto, os argumentos que insistem em considerar a existência de diferença entre entrega e extradição, visto que institutos de mesma natureza jurídica, com finalidade que se identifica na submissão de indivíduo a crivo jurisdicional diverso do seu de origem.

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

A razão principal para isto é que o Estado tem a obrigação de proteger os seus nacionais. Outras razões podem ser acrescentadas: a) 'ninguém pode ser subtraído a seus juízes naturais'; b) o direito do nacional de habitar seu próprio Estado; c) a dificuldade de defesa em tribunais estrangeiros; d) falta de imparcialidade da justiça estrangeira, etc.³⁹

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

³⁸ SGARBOSSA, Luís Fernando e JENSEN, Geziela. *As opções políticas do Estatuto de Roma e seu impacto em relação ao regime jurídico – constitucional dos direitos fundamentais no Brasil*. Disponível em : <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8849>. Acesso em: 13/12/06.

³⁹ Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Vol II. p. 981.

Hidelbrando Accioly admite a controvérsia e cita que se criou "uma distinção entre a extradição propriamente dita e aquilo que se denominou 'surrender', ou seja, entrega".⁴⁰ Assim, o Estatuto de Roma não exigiria a extradição, mas simples 'surrender' dos indivíduos a serem submetidos à sua jurisdição. Não obstante sua afirmação, o mesmo autor em sua obra explica que se trata o 'surrender' de um sistema extraditório sumário e que "embora esse processo diminua a burocracia, os direitos do indivíduo podem deixar de ser devidamente protegidos".⁴¹

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

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

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

A despeito disso, quando o indivíduo em questão é nacional, o princípio a reger o instituto da extradição será o de não concedê-la, o que é quase mundialmente aceito, a exemplo do adotado pelo constituinte originário brasileiro de 1988: "nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei" (art. 5º, LI, CF/88).

⁴⁰ Cf. ACCIOLY, Hidelbrando; SILVA, G. E. do Nascimento e. *Manual de Direito Internacional Público*. p. 558.

⁴¹ *Idem. Ibidem.* p. 401.

Hidelbrando Accioly⁴² critica a posição constitucional quando considera inconcebível que autores de graves crimes sejam dignos da proteção de seu país. Já para Celso D. de Albuquerque Mello⁴³, a proibição constitucional contida no dispositivo em comento não implicaria na impunidade do nacional, vez que o mesmo seria devidamente submetido à jurisdição brasileira em decorrência de crime praticado em outro Estado.

Diante do exposto, a possibilidade de extraditar brasileiros natos transforma-se em verdadeira celeuma doutrinária, muito embora a Constituição Federal de 1988 expresse claramente sua proibição.

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

Há que se ter em vista que a constituição sofre várias limitações a sua reforma. Limitações implícitas, ou tácitas⁴⁴, e expressas. As limitações expressas são as “previstas textualmente pela Constituição Federal”⁴⁵ e podem ser: materiais, circunstanciais⁴⁶, temporais⁴⁷ e formais ou procedimentais⁴⁸.

⁴² Cf. ACCIOLY, Hidelbrando ; SILVA, G. E. do Nascimento e. *Manual de Direito Internacional Público*. p. 401.

⁴³ Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Vol II. p. 987.

⁴⁴ Paulo Bonavides define como sendo “aquelas que se referem à extensão de reforma, à modificação do processo mesmo de revisão e a uma eventual substituição do poder constituinte derivado pelo poder constituinte originário”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 202.

⁴⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. p. 589.

⁴⁶ Celso Ribeiro Bastos conceitua como sendo as que “consistem em normas permanentes, aplicáveis a conjunturas anormais ou especiais, em que possa estar ameaçada a livre manifestação do órgão reformador”. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. pp. 34 e 35.

⁴⁷ Somente a Constituição do Império impôs esta limitação. Decorre da exigência de um lapso temporal mínimo para a constituição ser reformada.

⁴⁸ Alexandre de Moraes afirma que estas são as que “referem-se às disposições especiais, em relação ao processo legislativo ordinário, que o legislador constituinte estabeleceu para permitir a alteração da Constituição Federal.” MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. p.591.

As limitações materiais “cingem-se ao conteúdo dos assuntos que não podem ser objeto de propostas de emendas tendentes a aboli-los, quer implícita, quer explicitamente”⁴⁹.

Pode-se apontar que essas foram as limitações violadas pelo poder reformador que inseriu ao texto constitucional o §4º do art. 5º, tendo em vista que a modificação foi feita sobre matéria que não poderia ser objeto de reforma pelo poder constituinte derivado, alterando cláusulas pétreas⁵⁰, com garantia de eternidade, por absolutamente imodificáveis⁵¹ no atual contexto constitucional.

Ao violar este dispositivo alterou a vontade e intuito do legislador constituinte originário⁵² que impôs estas limitações para obstar que reformas provocassem “a destruição, o enfraquecimento ou mudança de identidade da constituição”⁵³.

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

Note-se que o texto originário (art.5º, LI) incluiu e incorporou, aos direitos constitucionalmente expostos, o do nacional-nato de não ser, sem qualquer ressalva, extraditado e mais, furta ao brasileiro o direito de não ser julgado por juízo ou tribunal de

⁴⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. p.847.

⁵⁰ Bulos conceitua cláusula pétrea como sendo “aquela insuscetível de mudança formal, porque consigna o núcleo irreformável da constituição”. BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. p.847.

⁵¹ Manoel Gonçalves Ferreira Filho aponta o posicionamento de juristas como Duguit, Burdeau e Jorge Miranda que entendem ser possível a modificação das cláusulas pétreas bastando, para tanto, primeiro revogar as cláusulas pétreas e depois alterar as disposições sobre a matéria em questão. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. p. 173

⁵² Manoel Gonçalves Ferreira Filho, sobre a imutabilidade das cláusulas pétreas constantes do *hall* do art. 60, §4º da CF/88, entende que: “as “cláusulas pétreas” em vigor vieram de uma reforma constitucional, tendo sido obra do Poder Constituinte derivado. Ora, o que o poder derivado estabelece, o poder derivado pode mudar”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. p. 176.

⁵³ Gilmar Ferreira Mendes *in* MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. p.591.

exceção. Não trouxe o legislador constituinte originário, em ambos os casos citados, qualquer ressalva quanto à possibilidade de entrega de brasileiros natos para julgamento perante este Tribunal Penal Internacional.

Na tentativa de compatibilizar o novo dispositivo emendado ao direito fundamental asseverado pelo Constituinte Originário brasileiro de não extraditar seus nacionais, argumenta-se que a quantidade de vítimas e a gravidade dos crimes a serem julgados sob a égide do Estatuto de Roma justificariam a sobreposição desta norma internacional às previstas constitucionalmente, promovendo verdadeira ponderação entre os direitos envolvidos.

Não se pode perder de vista, porém, que a norma que garante a não extradição de brasileiros natos é, conforme já exposto, cláusula pétrea e, por isso mesmo, direito que não pode ser abalado por qualquer posicionamento que tenha o condão de relativizar sua aplicabilidade.

Ademais, recorrendo-se, mais uma vez, aos ensinamentos de Sgarbossa e Jansen, que contestam a hipótese de aplicação ponderada dos direitos fundamentais constantes no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, dentre os mesmos o inciso LI

Direitos fundamentais, em regimes de constituição rígida, como o brasileiro, acobertadas por cláusula de imodificabilidade, são pontos constitucionalmente *inegociáveis*. Outrossim, *direitos fundamentais não se quantificam*. O direito à vida de cem ou mil indivíduos não é mais ou menos importante do que o direito à vida de um indivíduo.⁵⁴

Com isso, o dispositivo emendado estaria confrontando o disposto no art. 5º, LI, CF/88, que veda a extradição de brasileiros natos e, portanto, este novo dispositivo estaria eivado de inconstitucionalidade.

A inconstitucionalidade da emenda quarenta e cinco vem sendo questionada por parte da doutrina que, ao contrário de alguns constitucionalistas, não vislumbra o caráter

⁵⁴ SGARBOSSA, Luís Fernando e JENSEN, Geziela. *As opções políticas do Estatuto de Roma e seu impacto em relação ao regime jurídico – constitucional dos direitos fundamentais no Brasil*. Disponível em : <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8849>. Acesso em: 13/12/06.

benéfico da emenda, mas o retrocesso que a mesma representou, sobretudo no que concerne à aplicabilidade dos direitos humanos.

O poder constituído afrontou, pois, as determinações do Poder Constituinte originário em completa inobservância ao disposto na Constituição no art. 60, §4º, IV, usurpando⁵⁵ poder que não lhe foi conferido para alterar norma petrificada. Olvidou-se o legislador derivado de que o poder reformador decorre do poder constituinte originário, pois se houvesse essa libertação do poder de revisão da Constituição “nem mais haveria Constituição, nem poder de revisão, mas sim Constituição nova e poder constituinte originário”⁵⁶.

As cláusulas pétreas não poderiam ser, como na realidade foram, abaladas pelo §4º do art. 5º, não se reconhecendo, portanto, ao referido parágrafo, qualquer eficácia, em nada importando a validade formal, pois que se revela de todo incompatível com as normas e princípios constitucionais que visam a proteger os direitos humanos dos brasileiros natos, além das garantias e direitos fundamentais, pelo que é inconstitucional, ao mesmo tempo em que prevalece incólume e inabalado o inciso LI do art. 5º, com sua magnitude supraconstitucional no que respeita aos direitos humanos⁵⁷.

Não bastasse isto, que já seria suficiente para o reconhecimento da inconstitucionalidade material da EC nº 45, no que concerne ao §4º, André Ramos Tavares⁵⁸ aponta diversas inconstitucionalidades de ordem formal e material que invalidam todo o texto da emenda constitucional e que ele diz ser fruto de uma “esquizofrenia legislativo-

⁵⁵ Paulo Bonavides destaca que “o constituinte que transpuser os limites expressos e tácitos de seu poder de reforma estaria usurpando competência ou praticando ato de subversão e infidelidade aos mandamentos constitucionais, desferindo, em suma, verdadeiro golpe de Estado contra a ordem constitucional”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. pp. 201 e 202.

⁵⁶ Cf. ARAÚJO, Jackson Borges de. *O controle Judicial da (In)Constitucionalidade da Emenda à Constituição*. p.93.

⁵⁷ Cf. CALMON DE PASSOS, Jorge Luiz Ieski. Direitos Humanos na Reforma do Judiciário. in *Reforma do Judiciário- Primeiras Reflexões Sobre a Emenda Constitucional N.45/2004*. Coordenação: Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Jr., Octavio Campos Fischer, William Santos Ferreira. p.353.

⁵⁸ Cf. TAVARES, André Ramos. *Reforma do Judiciário no Brasil pós-88- (Des)estruturando a Justiça: comentários completos à EC n.45/04*. pp. 8 a 12.

constitucional”, por haver avançado o Congresso Nacional em searas proibidas, aqui resumidas:

a) as inconstitucionalidades formais apontadas pelo autor foram: a votação total da Reforma pelo Senado Federal em um único dia em afronta ao disposto no Regimento Interno do Senado nos artigos 362, 363 e 364; a alteração pelo Senado do que havia sido aprovado pela Câmara (Art. 103-A) passando a inserir o termo “constitucional” ao que havia sido aprovado sem que tenha sido remetido a proposição alterada à Câmara para nova apreciação por esta, já que implicou em modificação na vontade da Câmara; da mesma forma ocorreu com a modificação das atribuições do Conselho Nacional de Justiça ao se manifestar, o Senado Federal, contrário à sanção de perda do cargo, independentemente de aposentadoria, quando a Câmara já havia aprovado. Não houve nova submissão à Câmara da modificação do Senado; Igual fato ocorreu com a competência da Justiça do Trabalho, prevista no art. 114, I, que teve também o dispositivo alterado pelo Senado sem nova apreciação da Câmara⁵⁹;

b) as inconstitucionalidades materiais, sem haver sido considerada a do §3º do art. 5º, foram brevemente apontadas pelo próprio autor: “i) O Tribunal Penal Internacional não respeita direitos fundamentais consagrados na Constituição Brasileira; ii) o incidente de deslocamento de competência criado viola o princípio do juiz natural⁶⁰; iii) a limitação do sigilo processual viola o direito à intimidade e outros direitos fundamentais; iv) a extinção dos tribunais de alçada buliu com o governo estadual do judiciário; v) a criação do Conselho Nacional de Justiça não respeitou a separação de poderes, nem a forma federativa de Estado; vi) igualmente, a criação do Conselho Nacional do Ministério Público não respeitou a autonomia funcional do Ministério Público, essencial à estruturação dos poderes; vii) a

⁵⁹ O texto aprovado pela Câmara e submetido ao Senado dispunha sobre: “ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” havendo o Senado modificado o teor acrescentando: “exceto os servidores ocupantes de cargos criados por lei, de provimento efetivo ou em comissão, incluídas as autarquias e fundações públicas dos referidos entes da federação”.

⁶⁰ Consoante já apontado, vários são os princípios e garantias constitucionais do processo penal (art. 5º, XXXVII, XXXVIII, XXXIX, LIII e LIV), portanto cláusulas pétreas, afrontadas com este deslocamento de competência.

votação secreta para escolha do corregedor nacional viola a soberania popular e o princípio republicano”.

Evidenciados estão alguns dos argumentos que tornam inconstitucional material e formalmente a emenda constitucional n° 45⁶¹, sobretudo pelas flagrantes ofensas aos direitos humanos conseguidos ao longo da história constitucional brasileira. Indispensável, portanto, ante todos os argumentos supra apresentados que seja questionada tanto a inconstitucionalidade do §4° do art. 5° da CF/88, como da emenda constitucional em sua totalidade, já que eivada de vícios formais que a invalidam⁶².

3.5. Possíveis Soluções.

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

A possibilidade de aposição de reservas ao tratado não é pertinente, uma vez que o próprio Estatuto de Roma traz em seu art. 120 esta vedação; já a utilização pelo STF de uma

⁶¹ Tendo em vista a alteração de 25 (vinte e cinco) artigos e acréscimo de outros 4 (quatro) artigos, que contrariam inúmeros interesses e pela má técnica legislativa utilizada, é que já se tem ajuizada, além da ADI n° 3486, que argui a inconstitucionalidade do art. inciso V-A e § 5° do art. 109, outras três ADI (ADI n° 3395-6, ADI n° 3392 e ADI 3367-1) sobre os vários dispositivos constitucionais alterados ou acrescentados pela referida emenda. LOULA, Pedro. “Breves Reflexões sobre a repercussão da Reforma do Judiciário (Emenda Constitucional n°45/04) no Direito Internacional brasileiro” in *O Direito Internacional Contemporâneo*, Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger. pp. 779 e 780.

⁶² Foi ajuizada a ADI n° 3486 em 05/05/2005 argüindo a inconstitucionalidade do inciso V-A e § 5° do art. 109 da Constituição inseridos através do art. 1° da EC n°45.

interpretação sistemática do disposto na Constituição Federal, restringindo a possibilidade de conflitos entre a norma oriunda da emenda e o dispositivo oriundo do Poder Constituinte Originário também demonstra solução admissível. Desse modo, o Supremo Tribunal Federal limitaria a entrega de brasileiros natos, respeitando, assim, seus direitos fundamentais assegurados em todo o texto constitucional, devendo, para tanto efetivar e fiscalizar a punição de criminosos nacionais para não inobservar o disposto em tratado.

Constatou-se, porém, que a medida mais eficaz a solucionar o caso seria reconhecer a inconstitucionalidade formal e material deste dispositivo ou o Supremo Tribunal Federal, mudando seu posicionamento já consolidado, reconhecer a paridade constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, dando prevalência à norma mais favorável ao extraditando, restringindo, assim, o alcance da submissão brasileira à jurisdição do Tribunal Penal Internacional sempre que essa submissão significar a entrega de brasileiros natos.

CONCLUSÃO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

REFERÊNCIAS

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

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

AMBOS, Kai; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (org.). *Tribunal Penal Internacional. Possibilidades e Desafios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 292 p.

AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo (org.). *O Tribunal Penal Internacional no Estatuto de Roma: Leituras sobre os fundamentos e aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 308 p.

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

BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. *A Justiça Penal Internacional. Sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia*. Tradução: Luciana Pinto Venâncio. Barueri, SP: Manole, 2004. 260 p.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 6ª ed. ver. atual. e ampl. Até a Emenda Constitucional nº 45/2004. São Paulo: Saraiva, 2005.

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

CERVANTES, Nélide Astezia Castro. *Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos: vícios na Emenda Constitucional 45/2004*. Dissertação de Mestrado apresentada como requisito parcial ao grau de mestre. Fortaleza, 2006.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria Geral do Processo*, 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 352 p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional. A Internalização do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. 389 p.

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

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Premier Máxima, 2005. 134 p.

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

MEDEIROS: Antônio Paulo Cachapuz de. *O Brasil e o Tribunal Penal Internacional*. Disponível em: <<http://www.neofito.com.br/artigos/art01/penal126.htm>> Acesso em: 06/07/05.

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

PIOVESAM, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 516 p.

REZEC, J.F. *Direito Internacional Público*. Curso Elementar. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 415 p.

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

SGARBOSSA, Luís Fernando e JENSEN, Geziela. *As opções políticas do Estatuto de Roma e seu impacto em relação ao regime jurídico – constitucional dos direitos fundamentais no Brasil*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8849>>. Acesso em: 13/12/06.

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

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

TIBURCIO, Carmen e BARROSO, Luís Roberto (org.). *O Direito Internacional Contemporâneo*. Estudos em Homenagem ao Professor Jacob Dolinger. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 880 p.

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