



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

Laura Vieira Marques

AS NORMAS DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

E A

CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

BRASÍLIA

2013



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

LAURA VIEIRA MARQUES

AS NORMAS DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

E A

CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

Monografia apresentada ao curso de Direito do
Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
como requisito à graduação.

Orientadora: Alice Rocha.

Brasília

2013

A minha mãe, Elisete Vieira de Jesus, fonte inesgotável de amor, exemplo de mulher guerreira, que me faz querer sair da “caixinha” e olhar sempre além do que a mente humana é capaz de imaginar. Te amo!

AGRADECIMENTO

Agradeço primeiramente a Deus por me conceder o dom da vida, sendo sempre a luz dos meus olhos quando as trevas da adversidade me cegam.

À Nossa Senhora, Mãe do meu Senhor, que com seu exemplo de servidão eterna me ensina a ser, não só uma cristã melhor, mas também uma mulher que se doa a servir a humanidade com amor.

Á minha mãe, Elisete, por ser meu porto seguro, não me deixando desistir dos meus sonhos, sou possível porque você me faz ser capaz de amar. Alguém que me ensinou a criticar a desigualdade do mundo com olhos de mudança e compaixão.

Aos meus avós, Gustavo e Lourença, por dedicarem tanto amor e sabedoria. Jamais serei capaz de retribuir de volta. Obrigada não seria o suficiente para agradecer tudo o que fizeram, fazem e farão por mim. Amo vocês.

A câmara dos Lordes: Tia Elinei, Tia Elma, Tio Artur, Tia Ana Carolina e Mariana. Vocês me mostram a cada dia que o impossível não é nada quando somos destinados a sermos vencedores. Dedico esta vitória a vocês que me dão o exemplo diário de que os frutos nascem naquele que deseja e age com fé.

Aos demais familiares pelo incentivo e compreensão, durante esse tempo, por entender minha ausência.

A minha sis, Mayara Alvarenga, por aguentar todo o drama, exaltar minhas qualidades e guardar meus segredos. A escolhida por Deus para trazer o significado de amizade à minha vida.

Aos meus amigos de fé, anjos, Thaísa, Marlice, Guilherme, Phelipe e Felipe, obrigada por acreditarem em mim, mostrando que o nosso Deus é o Deus do impossível e Maria está à frente de todas as coisas, deixando a certeza no meu coração que alguém ora por mim.

As minhas companheiras de luta durante esses cinco longos anos, Vanessa e Laise, entre choros e risadas, crescemos e hoje somos mulheres, futuras advogadas. Sem vocês, talvez, hoje esta vitória não aconteceria. Obrigada por tudo, sentirei saudades.

A minha orientadora, Alice Rocha, por me mostrar, finalmente, meu lugar no mundo, ver além das normas impostas por uma sociedade fechada. Obrigada por me fazer acreditar que ainda existem pessoas capazes de ver o mundo sobre outra perspectiva, a ponto de muda-lo.

“Não há justiça, onde não haja Deus.

Quereríeis que vo-lo demonstrasse? Mas seria perder tempo, se já não encontrastes a demonstração no espetáculo atual da terra, na catástrofe da humanidade. O gênero humano afundiuse na matéria, e no oceano violento da matéria flutuam, hoje, os destroços da civilização meio destruída. Esse fatal excídio está clamando por Deus. Quando Ele tornar a nós, as nações abandonarão a guerra, e a paz, então, assomará entre elas, a paz das leis e da justiça, que o mundo ainda não tem, porque ainda não crê.”

Oração aos moços – Rui Barbosa, 1920.

RESUMO

Com o objetivo de punir os crimes internacionais de maior complexidade, criou-se o Tribunal Penal Internacional (TPI). Entretanto, a sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro não ocorreu de modo totalmente compatível. Considerando que, este tratado não admite reservas, então não há a possibilidade de compatibilizar as normas internas de um país com as do Tribunal. Na doutrina brasileira, há uma grande discussão sobre essa incorporação, principalmente, quanto às antinomias resistentes a possível inconstitucionalidade do TPI com a Constituição Brasileira; nesta monografia, focalizaremos a possibilidade de aplicar a pena de prisão perpétua do TPI a um brasileiro, contrapondo diretamente a alínea b do inciso XLVII do artigo 5º da carta magna, que reza expressamente a proibição deste tipo de punição permitida no Estatuto de Roma que rege o TPI. A presente pesquisa, após analisar os aspectos gerais do TPI e da Constituição Federal demonstra que a incompatibilidade entre as jurisdições envolvidas é apenas aparente.

Palavras-Chaves: Estatuto de Roma. Tribunal Penal Internacional. Constituição Federal Brasileira. Pena de prisão perpétua. Colisão aparente de normas.

LISTA DE SIGLAS

ADCT- Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ART - Artigo

CF – Constituição Federal Brasileira

ONU – Organização das Nações Unidas

TPI – Tribunal Penal Internacional

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL	13
1.1 <i>Evolução histórica</i>	13
1.1.1 Tribunal Militar Internacional de Nuremberg e o Tribunal de Tóquio	14
1.1.2 Os Tribunais "Ad Hoc" da Ex-Iugoslávia e Ruanda	15
1.2 <i>Organização do TPI.....</i>	17
1.3 <i>Competência</i>	18
1.3.1 Crime de genocídio	21
1.3.2 Crimes contra a humanidade	21
1.3.3 Crimes de guerra	22
1.3.4 Crimes de agressão.....	22
1.4 <i>Sanções do TPI</i>	24
1.4.1 Inquérito e procedimento criminal	26
1.4.2 Aplicação das penas	27
1.5 <i>Ratificação do TPI no Brasil</i>	29
2 PROCESSO DE INTERNALIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS.....	31
2.1 <i>Tratados de direitos humanos.....</i>	32
2.2 <i>Processo de internalização dos tratados</i>	34
2.3 <i>Resolução de antinomias internas – internacionais no Brasil</i>	40
2.4 <i>Internalização do TPI.....</i>	42
2.5 <i>Artigo 4º do Estatuto do TPI.....</i>	44
3 CONFLITO ENTRE O TPI E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA	46
3.1 <i>Dispositivo do TPI.....</i>	46
3.2 <i>Direitos fundamentais na Constituição Brasileira</i>	47
3.3 <i>Prisão perpétua.....</i>	48
3.4 <i>Soluções apresentadas por doutrinadores brasileiros</i>	50
3.5 <i>Resolução de constituições de outros Estados considerados incompatíveis com o TPI.....</i>	55

3.6	<i>Resolução aparente</i>	56
CONCLUSÃO		61
REFERÊNCIAS		63

INTRODUÇÃO

As relações internacionais entre os Estados nunca foram tão evidenciadas como nos últimos tempos, consequência de anos de guerra e terror presenciado pelo mundo demonstrando, assim, a perda interativa com o resto do mundo, quando um país se fecha em si próprio.

Com o desenrolar da história, percebeu-se a necessidade da interação com a sociedade internacional, onde começaram a surgir os tratados com ideais de igualdade, fraternidade e liberdade, e conseqüentemente a concepção de cidadãos livre e possuidores de direitos e garantias, independentemente de sua nacionalidade. Direitos fundamentais foram sendo acumulados, visando garantir a liberdade do indivíduo ser um cidadão respeitado, aonde quer que fosse.

Porém surgiriam conflitos entre as normas vigentes dos Estados e os Tratados ratificados, considerando não ser sempre que uma norma internacional está de acordo com a norma interna de um país. O processo de internalização dos tratados na legislação doméstica é bem mais complexo e amplo do que poderíamos imaginar.

Esta pesquisa visa às antinomias entre o direito interno e as normas decorrentes de tratados internacionais, especialmente dos direitos humanos, que são considerados como direitos fundamentais mundialmente, os quais garantem aos nacionais maior eficácia.

Qual será a real supremacia dos tratados de direitos humanos, considerando a resolução de antinomias de normas internas e internacionais? Este é o ponto de partida, onde analisaremos de perto como ocorre a internalização dos tratados de direitos humanos no Brasil, como são recepcionados e qual será o seu status diante de outras leis preexistentes no Estado nacional.

Ao responder este questionamento, nos deparamos com um caso não concretizado, que causa divergência na doutrina: a internalização do Estatuto de Roma que rege o Tribunal Penal Internacional no Estado Brasileiro. Então questionamos: como são recepcionadas as normas de direito internacional, presentes no Estatuto de Roma e na Constituição Brasileira, visto que essas normas possuem o status de constitucionais e devem ser tratadas com supremacia diante das normas infraconstitucionais, onde a proteção do homem é foco principal de seus princípios. Mas existe uma controvérsia entre o TPI e a

Constituição Federal Brasileira no que se trata de penas de caráter perpétuo, pois na Constituição Federal é vedada expressamente no artigo 5º, inciso XLVII, alínea b.

Após a mudança promovida pela Emenda Constitucional Nº 45, de 30 de dezembro de 2004, especificamente em seu artigo 5º, §3º da CF, a ratificação de um tratado passará pelo mesmo processo de recepção da emenda constitucional, ou seja, será aprovado “em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros”. Após esta emenda constitucional surgiram novas controvérsias, como, por exemplo: o “novo” dispositivo anula o anterior, demonstrando claramente a inconstitucionalidade e o desprezo pelos princípios constitucionais. É necessário entender que as palavras não são suficientes para regular os direitos humanos, mas sim, a extrema necessidade de que suas normas sejam praticadas com eficiência.

O Tribunal Penal Internacional (TPI) é de caráter permanente, competente, somente, para os crimes de extrema gravidade cometidos por indivíduos: genocídios, crimes de guerra e crimes contra a humanidade. Com a sua ratificação na Constituição Federal, o Brasil está vinculado às normas internacionais do TPI. Mas o Estado brasileiro proíbe expressamente a prisão perpétua, e no TPI é permitido em casos restritos, quem é supremo?

Esta pesquisa tem como escopo responder aos seguintes questionamentos: Como conciliar as sanções previstas pelo TPI com as normas constitucionais? Qual seria a norma mais benéfica na concepção da sistemática do direito internacional? A divergência de opiniões que divide a doutrina afronta as fontes de interpretação dos direitos humanos?

O trabalho está fundamentado em leis, doutrina e jurisprudência, com foco no direito constitucional e no direito internacional público, principalmente sobre a recepção das normas do Estatuto de Roma no ordenamento brasileiro, como também em outros Estados membros do tratado; como a soberania é mantida, ou seja, como colaborar com a sociedade internacional sem deixar que tais normas prevaleçam às leis internas, que visem à garantia dos direitos humanos?

A priori, foi realizado um estudo sobre o Tribunal Penal Internacional, baseando na sua história, estrutura, exceções, competência, e fazendo a abordagem das suas relações com seus Estados membro, bem como a ratificação de seu tratado pelo Brasil, o que trouxe inúmeras discussões.

Posteriormente, analisou-se a recepção dos tratados no Brasil, principalmente, os de direitos humanos no ordenamento jurídico, em vista da alteração realizada pelo §3º do artigo 5º da Emenda Constitucional 45/2004, demonstrando, assim, como as normas internacionais são internalizadas.

Colocaram-se em análise os conflitos gerados pelo TPI na ordem jurídica brasileira, de como a prisão perpetua é vista pelo mundo, demonstrando como a questão “pena de prisão perpetua x Constituição Brasileira” poderá ser solucionada.

Esta pesquisa possibilitou visualizar soluções aparentes do caso em análise, sem, porém, finalizá-las, considerando a sua complexidade e interdisciplinaridade. Estudos futuros poderão rever o tema, evoluindo para novas perspectivas, ao caso aqui apresentado, servindo como base à comunidade jurídica e acadêmica que pesquisa o fenômeno.

1 TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

O Tribunal Penal Internacional (TPI) é um tribunal de caráter permanente, cuja competência exclusiva é para os crimes mais graves cometidos por indivíduos: genocídios, crimes de guerra e crimes contra a humanidade.

Desde a sua criação o TPI vem ganhando um grande espaço no ordenamento jurídico internacional pelo seu objetivo que é o de assegurar o fim da impunidade para os crimes internacionais mais graves. Com a criação do Estatuto de Roma, os direitos e garantias já assegurados aos indivíduos nacionais em seus países foram ampliados. As normas presentes no Estatuto são consideradas materialmente constitucionais, o que faz com que a maioria das constituições dos países membros se amplie, devido a essas mudanças advindas da sociedade internacional.

Com isso os Estados membros devem se manifestar juridicamente contra os crimes internacionais, por ter uma responsabilidade subsidiária perante a sociedade internacional.

1.1 Evolução histórica

O TPI nasceu da percepção internacional de que os crimes cometidos pelos Estados não refletiam somente nessas nações, mas sim que possuíam repercussões além das mesmas, e também das inúmeras violações aos direitos humanos cometidos durante as guerras, genocídios, etc. Mostrou assim, a necessidade de um tribunal cujas normas teriam caráter de supremacia ante as normas de soberania Estadual, com um sistema de preservação da paz e o fundamentado na humanização do Direito Internacional.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, as Nações Unidas consideraram a possibilidade da criação de um tribunal penal internacional de caráter perpetuo. Então em 1993 e 1994 instauraram dois tribunais especiais com o objetivo de punir as graves violações do direito internacional humanitário que ocorreram na ex-Iugoslávia e em Ruanda. Em 1994, começa as negociações para introduzir um tribunal penal internacional permanente com a competência de julgar os crimes mais graves, independente do país em que foram praticados.¹

Essas negociações culminaram com a aprovação, em julho de 1998, do Estatuto de Roma que estabelecia a criação e regulação do Tribunal Penal Internacional (TPI).

¹ *TRIBUNAL Penal Internacional*. Disponível em: <<http://www.icrc.org/por/resources/documents/misc/5yblr2.htm>>. Acesso em: 10 out. 2012.

Este tratado multilateral seria responsável por resolver conflitos de interesses por meio de prestação jurisdicional, se baseando na falta de capacidade dos países em agir sozinhos a demandas mundiais. Repercutindo a decisão da sociedade internacional de responsabilizar e castigar quem cometeu crimes graves. Em 1 de julho de 2002 começou a vigorar o Estatuto, após 60 Estados o ratificarem.²

Então em meio disso, surgiu um Tribunal permanente e supranacional que tenta colocar fim aos julgamentos parciais e à inaplicabilidade de sanções internacionais. Porém, ao ratificarem o TPI, os Estados não abdicam de suas soberanias, pois mesmo sendo um tratado que gera direitos e deveres aos países membros, estes podem a qualquer tempo denunciá-los.³

A inovação trazida pelo TPI esta no abandono da ideia de responsabilidade internacional exclusiva dos Estados, “bem como à regra de adequar-se ao anseio global de repulsa à impunidade daqueles que se acobertavam de suas posições hierárquicas para escusar-se de qualquer tipo de punição”.⁴

1.1.1 Tribunal Militar Internacional de Nuremberg e o Tribunal de Tóquio

Após 1945 aflorou no mundo um entendimento comum contra tamanha atrocidade efetivada pelos dirigentes do III Reich alemão, o que facilitou a implementação da ideia de edificação dos Tribunais Militares internacionais com “a finalidade de julgar os crimes cometidos durante a segunda guerra e principalmente durante o Holocausto.”⁵

O tribunal de Nuremberg possuía quatro juízes titulares e quatro juízes suplentes, que eram indicados por cada uma das quatro potências vitoriosas, das quais foram: os Estados Unidos da América, a República Francesa, o Reino Unido da Grã-Bretanha e

² *TRIBUNAL Penal Internacional*. Disponível em: <<http://www.icrc.org/por/resources/documents/misc/5yblr2.htm>>. Acesso em 28 de agosto de 2012.

³ “**Artigo 14.º do Estatuto de Roma - Denúncia por um Estado Parte: 1** - Qualquer Estado poderá denunciar ao procurador uma situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários crimes da competência do Tribunal e solicitar ao procurador que a investigue, com vista a determinar se uma ou mais pessoas identificadas deverão ser acusadas da prática desses crimes; **2** - O Estado que proceder à denúncia deverá, tanto quanto possível, especificar as circunstâncias relevantes do caso e anexar toda a documentação de que disponha.”

⁴ LIMA, Renata Mantovani de; BRINA, Marina Martins da Costa. *O Tribunal Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey. 2006. p. 8.

⁵ SOUZA, Mateus Gaspar Luz Campos de. *O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19595/o-tribunal-penal-internacional-e-a-constituicao-federal-de-1988#ixzz24rmkZG3a>>. Acesso em: 28 ago. 2012.

Irlanda do Norte e a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas. Os acusadores também eram nacionais de tais países. Julgar crimes contra a paz, de guerra e contra a humanidade era a sua competência. Neste tribunal foram julgados os maiores crimes nazistas, enquanto os processos de menor gravidade o próprio Estado julgava. Decretou as seguintes condenações, das quais todas foram cumpridas: doze à morte, três prisões perpétuas, duas a 20 anos de prisão, uma a 15, outra a 10 anos e duas absolvições.⁶

O Tribunal de Nuremberg trouxe uma grande discussão, alegavam que estava desrespeitado o princípio da legalidade no âmbito penal "*nulla poena sine lege*", pois criaram novos tipos penais. Entretanto, os crimes cometidos contra a humanidade não tem tipificação por ir de encontro aos princípios básicos da humanidade, e os crimes de guerra já se encontravam tipificados conforme tratados existentes a época.

Este tribunal tem que ser analisado no seu contexto histórico, embora sua formação e legalidade sofram críticas, considerando que pela primeira vez na história, aceitou um processo penal que julgasse os piores crimes contra a humanidade.

Seguindo o mesmo raciocínio do Tribunal de Nuremberg, logo depois, criou-se para o Extremo Oriente o Tribunal Militar Internacional que ocorreu em Tóquio no Japão. Foi ativado por um comandante dos Estados Unidos que indicou onze juízes do Tribunal. Porém este tribunal levou a juízo somente suspeitos de crimes contra a paz, enquanto que os outros crimes foram julgados em Tribunais Militares em outros países.

Estes dois tribunais foram um marco histórico no Direito Internacional, pois oficiais de Estado nunca haviam sido responsabilizados pessoalmente pelos seus atos, com exceção do Tratado de Versalhes que se tornou "letra morta".⁷

1.1.2 Os Tribunais "Ad Hoc" da Ex-Iugoslávia e Ruanda

Diante das contínuas violações as normas do direito humanitário, cujas crises ganhavam grandes dimensões, o Conselho de Segurança da ONU considerou que essas transgressões as normas eram uma ameaça não só a paz, mas a segurança internacional

⁶ SOUZA, Mateus Gaspar Luz Campos de. *O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19595/o-tribunal-penal-internacional-e-a-constituicao-federal-de-1988#ixzz24rmkZG3a>>. Acesso em: 28 ago. 2012.

⁷ Ibidem.

também. Sendo assim criou uma comissão para a análise de tais conflitos, o que confirmou as violências massivas e contrárias as normas de direito humanitário.⁸

Então, foi criado dois tribunais penais internacionais pelo conselho de Segurança das Nações Unidas, ambos nomeados por tribunais "ad hoc" considerando sua criação para punir crimes nos seguintes contextos específicos: Ex- Iugoslávia e Ruanda.⁹

“O Conselho de Segurança pela sua Resolução 808, criou em fevereiro de 1993 o Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia, com sede em Haia (Países Baixos). A sua competência é limitada aos atos cometidos na Ex-Iugoslávia desde 1991 e compreende quatro categorias de crimes:

- Violações graves às Convenções de Genebra de 1949;
- Violações das leis e costumes de guerra,
- Crimes de genocídio e
- Crimes contra a humanidade. Estes crimes encontram-se definidos no Estatuto do Tribunal.”¹⁰

A finalidade exclusiva era julgar pessoas responsáveis por graves violações do direito internacional humanitário.

O Tribunal confirmou atos de acusação e acusações formais de crimes, contra várias pessoas. Porém a grande parte encontra-se livre, todavia, algumas foram detidas e julgadas.

Pouco depois o Conselho de Segurança criou o Tribunal penal para Ruanda, em razão ao genocídio e outros crimes frequentes com violações das leis humanitárias internacionais que foram cometidas neste país.

“A sua competência é limitada aos atos cometidos em 1994 em Ruanda ou cometidos por cidadãos oriundos do Ruanda nos Estados vizinhos. Três categorias de crimes são definidos no Estatuto do Tribunal, a saber: crime de genocídio, crimes contra a humanidade e violações ao artigo 3 comum às Convenções de Genebra de 1949 e ao Protocolo Adicional II (o artigo 3 e o Protocolo II, enunciam regras aplicáveis aos conflitos armados não internacionais).”¹¹

Segundo o raciocínio de Renata Mantovani de Lima e Marina Martins da Costa Brina¹², mesmo que o Conselho de Segurança tenha a finalidade de manter a paz, tal

⁸ LIMA, Renata Mantovani de; BRINA, Marina Martins da Costa. *O Tribunal Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey. 2006. p. 34.

⁹ *PUNIR os crimes de guerras*: os Tribunais Penais Internacionais. Disponível em: <<http://www.icrc.org/por/resources/documents/misc/5tndf6.htm>>. Acesso em: 28 ago. 2012.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ *PUNIR os crimes de guerras*: os Tribunais Penais Internacionais. Disponível em: <<http://www.icrc.org/por/resources/documents/misc/5tndf6.htm>>. Acesso em: 28 ago. 2012.

¹² LIMA, Renata Mantovani de; BRINA, Marina Martins da Costa. *O Tribunal Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey. 2006. p. 36-39.

posição não o legitima a criar tribunais internacionais, já que incidiria em um clássico caso de decisão *ultra vires*, isto é, usar um poder que não lhe é devido. Esses tribunais podem trazer problemas políticos causando confusão entre os institutos da justiça e da política. Considerando que as acusações podem ser seletivas, baseando-se na nacionalidade dos suspeitos, e assim seus julgamentos inspirados pelos grupos étnicos e políticos aos quais são pertencentes os indivíduos.¹³

Então se classificou como um clássico caso de decisão *ultra vires*, o conselho de segurança impondo um poder, da qual não era de sua competência atribuir, o que se resume em “uma invasão do Poder Executivo no campo jurisdicional e legislativo.”¹⁴ Além dos altos custos para a implementação deste tribunal, da qual se demonstraram absurdos.

Diferentemente dos Tribunais de Nuremberg, Tóquio, Ruanda e ex-Iugoslávia, o TPI tem a finalidade de permanência. Aprovado com favoráveis 120 votos, 07 contra e 21 abstenções com previsão de sua entrada em vigor “no primeiro dia do mês seguinte ao sexagésimo dia após o depósito do sexagésimo instrumento de ratificação, aceitação ou adesão junto ao Secretário - Geral das Nações Unidas”.¹⁵

1.2 Organização do TPI

Quanto à organização do Estatuto: o TPI é considerado como pessoa de Direito Internacional, seu vínculo às Nações Unidas é através de acordo, a ser aprovado pela Assembleia dos Estados Partes no Estatuto e assinado pelo Presidente do Tribunal em nome deste.

O TPI é composto por 18 juízes, número sobre o qual o Presidente poderá aumentar ou diminuir por meio de que proposta levada a aprovação da Assembleia dos Estados Partes. Quem elege os juízes é também a Assembleia dos Estados Partes, quais tais juízes são de nacionalidades diferentes, possuem um mandato de nove anos¹⁶, aonde é vetada a reeleição:

“Na primeira votação, um terço dos juízes será eleito para mandato de três anos, um terço para mandato de seis e um terço para mandato de nove anos.

¹³ É importante salientar que tais tribunais ainda estão funcionando até hoje.

¹⁴ Ibidem, p. 39.

¹⁵ Artigo 126 do Estatuto do TPI APUD Husek, Carlos Roberto. 2009, p. 308.

¹⁶ Vide artigos 34 a 52 do Estatuto de Roma.

Um juiz eleito para mandato de três anos ou para prover vaga em período igual ou inferior a três anos, poderá ser reeleito para mandato completo de nove anos. Os juízes serão independentes no desempenho de suas funções.”¹⁷

“O Tribunal será composto pelos seguintes órgãos:

- a) A Presidência;
- b) Uma Seção de Recursos:
 - Seção de Primeira Instância
 - Seção de Questões Preliminares;
- c) o Gabinete do Promotor;
- d) a Secretaria.”

O Promotor, que compõe o tribunal, terá o mandato de nove anos sem uma possível reeleição, devendo ser eleito pela maioria absoluta da Assembleia em votação secreta. Atribui a este cargo juntar as comunicações, além de informações de qualquer tipo, a respeito dos crimes competentes ao Tribunal, para que sejam examinados, investigados e exerçam a ação penal junto ao Tribunal. Desempenhando, não só estes como também os juízes, a missão de imparcialidade e liberdade de consciência.¹⁸

1.3 Competência

É de maneira complementar a competência do Tribunal Penal Internacional, ou seja, se o Estado parte não agir de forma satisfatória perante determinada situação é prudente que os órgãos internacionais acionem o TPI para que este de forma complementar aja em defesa da comunidade internacional.

O artigo do 5º do Estatuto de Roma demonstra a restrita competência do TPI. É importante esclarecer é que o TPI só irá se manifestar quando forem os casos de genocídios, crimes de guerra e crimes contra a humanidade, se estes aconteceram após a

¹⁷ MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/dh/tpi/cartilha_tpi.htm>. Acesso em: 06 jun. 2012.

¹⁸ *Ibidem*.

entrada em vigor do Estatuto, isto é, os crimes que aconteceram antes do começo da vigência do Estatuto não são de competência do TPI.

Por ser tratar de um Organismo Jurisdicional Internacional, onde *In casu*, é um órgão competente constituído exclusivamente para conhecer, processar e julgar crimes de alcance internacional, em locais que representam uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade¹⁹.

Entretanto não é necessário se executar a regra do consentimento exigida para outros Órgãos Internacionais. Isso decorre da existência de um vínculo jurisdicional dirigido pelo princípio da competência automática que é estabelecido entre os Estados parte e o TPI. No artigo 12 do Estatuto de Roma reza que o Estado é competente relativamente aos crimes listados no artigo 5º, do mesmo Estatuto, o que conseqüentemente necessita de uma ação mais eficiente e uma maior autonomia por parte da Jurisdição.

“Artigo 12²⁰

Condições Prévias ao Exercício da Jurisdição

1. O Estado que se torne Parte no presente Estatuto, aceitará a jurisdição do Tribunal relativamente aos crimes a que se refere o artigo 5º.
2. Nos casos referidos nos parágrafos a) ou c) do artigo 13, o Tribunal poderá exercer a sua jurisdição se um ou mais Estados a seguir identificados forem Partes no presente Estatuto ou aceitarem a competência do Tribunal de acordo com o disposto no parágrafo 3º:
 - a) Estado em cujo território tenha tido lugar a conduta em causa, ou, se o crime tiver sido cometido a bordo de um navio ou de uma aeronave, o Estado de matrícula do navio ou aeronave;
 - b) Estado de que seja nacional a pessoa a quem é imputado um crime.”

“Artigo 5²¹

Crimes da Competência do Tribunal

1. A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes:
 - a) O crime de genocídio;
 - b) Crimes contra a humanidade;
 - c) Crimes de guerra;
 - d) O crime de agressão.
2. O Tribunal poderá exercer a sua competência em relação ao crime de agressão desde que, nos termos dos artigos 121 e 123, seja aprovada uma disposição em que se defina o crime e se enunciem as condições em que o Tribunal terá competência relativamente a este crime. Tal disposição deve ser compatível com as disposições pertinentes da Carta das Nações Unidas.”

¹⁹ Preâmbulo do Estatuto do TPI APUD Lima, Renata Mantovani de; BRINA, Marina Martins da Costa. 2006, p. 9.

²⁰ Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional

²¹ Ibidem.

Diferentemente da CIJ:

“A competência do TPI vincula-se ao princípio da personalidade ativa ligado à nacionalidade do autor da infração, bem como ao princípio da personalidade passiva ligado à nacionalidade da vítima.”²²

O TPI possui o caráter não acumulativo de condições de competência, se uma pessoa praticar um crime descrito no Estatuto, independente do país ser parte ou não, este poderá ser julgado no Tribunal Penal. Sua jurisdição não se limita a uma situação específica e nem retroativa, porém tem competência para julgar os delitos constantes de suas normas, desde a sua entrada em vigor.

Não é permitido aos Estados integrantes o não cumprimento de algumas regras que existem no Estatuto, por ser membro é necessário que o país se comprometa como um todo. No quesito cooperação internacional e assistência judiciária, existe a obrigação de todos cooperarem de forma plena com o Tribunal, além de “exigir que o direito interno dos Estados preveja normas materiais e processuais compatíveis com o modelo de cooperação e assistência adotado no TPI”.²³

Valério de Oliveira Mazzuoli leciona sobre o princípio da complementaridade, do qual as normas do TPI são complementares as normas dos Estados, (exceto na previsão de interferência se os Estados forem incapazes de resolver o conflito sozinhos, não julgando os responsáveis), o que ajuda os próprios Estados, fazendo com que os sistemas jurídicos nacionais percebam suas falhas e desenvolvam “mecanismos processuais eficazes, capazes de efetivamente aplicar a justiça em relação aos crimes tipificados no Estatuto de Roma”²⁴, dessa forma os crimes do Estatuto farão também parte da norma interna dos Estados membros.

Pelo paradigma de alguns autores pode se achar que os Estados que ratificaram o TPI teve sua soberania diminuída ou até mesmo aniquilada. Mas o que ocorre é exatamente o oposto, pois quando um Estado soberano assina uma convenção multilateral como essa, da qual demonstra o interesse pelo bem estar social internacional, este Estado está,

²² LIMA, Renata Mantovani de; BRINA, Marina Martins da Costa. *O Tribunal Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey. 2006. p. 10.

²³ Ibidem. p. 11.

²⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *A Importância do Tribunal Penal Internacional*. <<http://www.laondadigital.com/laonda/LaOnda/201-300/238/Recuadro31.htm>>. Acesso em: 06 jun. 2012.

na verdade, exercendo sua soberania, pois o faz baseado na sua própria Constituição, logo com fundamento nos poderes Executivo e Legislativo para poder solenizar os tratados.²⁵

Essa ideia de complementariedade vem quebrar a divisão que existia entre Direito Penal Internacional e Direito internacional Penal, portanto a Justiça Penal Internacional surge no momento certo para processar, julgar e punir os mais violentos infratores dos direitos humanos, coibindo tais crimes contra o Direito Internacional, dos quais, queremos que desapareça, em todas as suas formas.²⁶

1.3.1 *Crime de genocídio*

A prática deste crime tem a intenção de:

“destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, nas seguintes situações: Homicídio de membros do grupo; Ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo; Sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial; Imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo; Transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo.”²⁷

1.3.2 *Crimes contra a humanidade*

Previstos no artigo 7º do Estatuto de Roma, ocorrem quando praticados em situação de ataques, generalizados ou sistemáticos, em face de qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque, alcançando qualquer um dos seguintes atos:

“Homicídio; Extermínio; Escravidão; Deportação ou transferência forçada de uma população; Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional; Tortura; Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável; Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal; Desaparecimento forçado de pessoas; *Crime de apartheid*; Outros atos desumanos de caráter

²⁵ Ibidem.

²⁶ Ibidem.

²⁷ *TRIBUNAL Penal Internacional*. Disponível em: <<http://www.icrc.org/por/resources/documents/misc/5yblr2.htm>>. Acesso em: 29 ago. 2012.

semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.”²⁸

1.3.3 Crimes de guerra

É aqui que acontecem as maiores violações graves ou gravíssimas do direito internacional humanitário, por tal importância foram “citados nas Convenções de Genebra e em seus Protocolos Adicionais de 1977, ocorridas tanto em conflitos armados internacionais como nacionais.”²⁹ As infrações são muitas e variadas decorrente desse crime, como por exemplo as seguintes: “dos atos de agressão sexual, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez à força, esterilização à força ou qualquer outra forma de violência sexual; da utilização de crianças com menos de 15 anos para participar ativamente nas hostilidades.”³⁰

“No Estatuto não se mencionam explicitamente algumas violações graves do direito internacional humanitário, tais como a demora injustificável na repatriação de prisioneiro de guerra e os ataques indiscriminados contra a população civil ou seus bens, que estão definidas como infrações graves às Convenções de Genebra de 1949 ou ao seu Protocolo Adicional I de 1977.”³¹

Poucas disposições referem-se a armas cujo uso está proibido em virtude de tratados vigentes e, a esse respeito, nada está previsto para os conflitos armados não internacionais.”³²

1.3.4 Crimes de agressão

Não existe uma definição exata quanto ao crime de agressão, mas baseia-se em ações políticas ou militares por alguém que possui o poder, contra outro ente internacional.

Este é um ponto polemico do Estatuto, pelo fato do TPI ter o crime de agressão em sua competência, pois o § 2º do artigo 5º dispôs é preciso que haja uma definição do crime de acordo com as condições do TPI.

²⁸ *TRIBUNAL Penal Internacional*. Disponível em: <<http://www.icrc.org/por/resources/documents/misc/5yblr2.htm>>. Acesso em: 29 ago. 2012.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*.

“O Tribunal poderá exercer a sua competência em relação ao crime de agressão desde que, nos termos dos artigos³³ 121 e 123, seja aprovada uma disposição em que se defina o crime e se enunciem as condições em que o Tribunal terá competência relativamente a este crime. Tal disposição deve ser compatível com as disposições pertinentes da Carta das Nações Unidas.”³⁴

Alguns juristas sustentam que por o TPI ainda estar começando a engatinhar, primeiro, deve se materializar institucionalmente para somente após penetrar em um âmbito tão polêmico e político, sendo assim não prejudicaria a prática jurisdicional em face de seus outros crimes. O debate continua e nada ainda foi concretizado. Mas ainda que uma emenda seja aprovada, não há um consenso se pode ser investigado e processado o crime quanto à todos os Estados partes, ou aos que aceitaram a emenda.³⁵

³³ “**Artigo 121.º - Alterações:** 1 - Expirado o período de sete anos após a entrada em vigor do presente Estatuto, qualquer Estado Parte poderá propor alterações ao Estatuto. O texto das propostas de alterações será submetido ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, que o comunicará sem demora a todos os Estados Partes; 2 - Decorridos pelo menos três meses após a data desta notificação, a Assembleia dos Estados Partes decidirá na reunião seguinte, por maioria dos seus membros presentes e votantes, se deverá examinar a proposta. A Assembleia poderá tratar desta proposta, ou convocar uma conferência de revisão se a questão suscitada o justificar; 3 - A adopção de uma alteração numa reunião da Assembleia dos Estados Partes ou numa conferência de revisão exigirá a maioria de dois terços dos Estados Partes, quando não for possível chegar a um consenso; 4 - Sem prejuízo do disposto no n.º 5, qualquer alteração entrará em vigor, para todos os Estados Partes, um ano depois que sete oitavos de entre eles tenham depositado os respectivos instrumentos de ratificação ou de aceitação junto do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas; 5 - Quaisquer alterações aos artigos 5.º, 6.º, 7.º e 8.º do presente Estatuto entrarão em vigor, para todos os Estados Partes que as tenham aceite, um ano após o depósito dos seus instrumentos de ratificação ou de aceitação. O Tribunal não exercerá a sua competência relativamente a um crime abrangido pela alteração sempre que este tiver sido cometido por nacionais de um Estado Parte que não tenha aceite a alteração, ou no território desse Estado Parte; 6 - Se uma alteração tiver sido aceite por sete oitavos dos Estados Partes nos termos do n.º 4, qualquer Estado Parte que a não tenha aceite poderá retirar-se do presente Estatuto com efeito imediato, não obstante o disposto no n.º 1 do artigo 127.º, mas sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 127.º, mediante notificação da sua retirada o mais tardar um ano após a entrada em vigor desta alteração; 7 - O Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas comunicará a todos os Estados Partes quaisquer alterações que tenham sido adoptadas em reunião da Assembleia dos Estados Partes ou numa conferência de revisão.”

“**Artigo 123º Revisão do Estatuto:** 1 - Sete anos após a entrada em vigor do presente Estatuto, o Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas convocará uma conferência de revisão para examinar qualquer alteração ao presente Estatuto. A revisão poderá incidir nomeadamente, mas não exclusivamente, sobre a lista de crimes que figura no artigo 5.º A Conferência estará aberta aos participantes na Assembleia dos Estados Partes, nas mesmas condições; 2 - Em qualquer momento ulterior, a requerimento de um Estado Parte e para os fins enunciados no n.º 1, o Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, mediante aprovação da maioria dos Estados Partes, convocará uma conferência de revisão; 3 - A adopção e a entrada em vigor de qualquer alteração ao Estatuto examinada numa conferência de revisão serão reguladas pelas disposições do artigo 121.º, n.os 3 a 7.”

³⁴ § 2º do artigo 5º do Estatuto de Roma

³⁵ YIP, César. *Conferência de Revisão do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional*. Disponível em: <<http://neiarçadas.wordpress.com/2010/06/05/conferencia-de-revisao-do-estatuto-de-roma-do-tribunal-penal-internacional-por-cesar-yip/>>. Acesso em: 11 out. 2012

O que se pode afirmar hoje é que o crime agressão, por não ter sido regulamentado ainda de maneira adequada aos padrões exigidos, não está na competência do TPI, então não o que se falar em exercício da jurisdição do Estatuto de Roma neste caso.

1.4 Sanções do TPI

No TPI existe uma necessidade imperativa de um dialogo entre o âmbito nacional e o internacional, ou seja, o TPI, por ser um órgão complementar a estrutura jurídica dos Estados, detém competência residual em relação às normas nacionais. Sendo assim o TPI espera que primeiro o próprio Estado seja capaz de resolver seu conflito interno, não o sendo, ai sim interfere. Essa cooperação está prevista no artigo 86³⁶ do Estatuto de Roma, facilitando a investigação e os processos apurados. Sendo dever dos Estados garantir que seu direito interno seja capaz de cooperar de todas as formas possíveis com o procedimento do TPI.³⁷

Acontece que não há sanções para a não-cooperação, pois como existe a aplicação do principio da complementariedade, da qual esclarece que o TPI somente será acionado e exercerá seu papel de jurisdição complementar se o país não puder exercer sua jurisdição. Então o Tribunal não poderá impor ordens de prisão diante de Estados que se recusem a cooperar.

Essa cooperação esta em alguns trechos do artigo 72 do TPI, como por exemplo, quando o Estado é solicitado a prestar informações ou provas ao TPI, e se nega a fazer, pois a divulgação de tais documentos poderia afetar a segurança nacional; ou, quando se o Estado fica sabendo que me determinado processo será utilizado documentos que podem comprometer a segurança nacional, o Estado pode intervir, afim que estes não sejam divulgados. A proteção à segurança das informações internas do Estado é resguardada pelo TPI, pois a intenção do tribunal é interferir de maneira com que o Estado tenha seus direitos assegurados para que assim possa garantir a dignidade da pessoa humana aos seus cidadãos, além de outros exemplos também no artigo 72:

“Artigo 72

³⁶ **Art. 86 do Estatuto:** “Os Estados Partes deverão, em conformidade com o disposto no presente Estatuto, cooperar plenamente com o Tribunal no inquérito e no procedimento contra crimes da competência deste.”

³⁷ **Art. 88 do Estatuto:** “Os Estados Partes deverão assegurar-se de que o seu direito interno prevê procedimentos que permitam responder a todas as formas de cooperação especificadas neste Capítulo.”

Proteção de Informação Relativa à Segurança Nacional

...

4. Se um Estado tiver conhecimento de que informações ou documentos do Estado estão a ser, ou poderão vir a ser, divulgados em qualquer fase do processo, e considerar que essa divulgação afetaria os seus interesses de segurança nacional, tal Estado terá o direito de intervir com vista a ver alcançada a resolução desta questão em conformidade com o presente artigo.

5. O Estado que considere que a divulgação de determinada informação poderá afetar os seus interesses de segurança nacional adotará, em conjunto com o Procurador, a defesa, o Juízo de Instrução ou o Juízo de Julgamento em Primeira Instância, conforme o caso, todas as medidas razoavelmente possíveis para encontrar uma solução através da concertação. Estas medidas poderão incluir:

a) A alteração ou o esclarecimento dos motivos do pedido;

b) Uma decisão do Tribunal relativa à relevância das informações ou dos elementos de prova solicitados, ou uma decisão sobre se as provas, ainda que relevantes, não poderiam ser ou ter sido obtidas junto de fonte distinta do Estado requerido;

c) A obtenção da informação ou de provas de fonte distinta ou em uma forma diferente; ou

d) Um acordo sobre as condições em que a assistência poderá ser prestada, incluindo, entre outras, a disponibilização de resumos ou exposições, restrições à divulgação, recurso ao procedimento à porta fechada ou à revelia de uma das partes, ou aplicação de outras medidas de proteção permitidas pelo Estatuto ou pelas Regulamento Processual.

6. Realizadas todas as diligências razoavelmente possíveis com vista a resolver a questão por meio de concertação, e se o Estado considerar não haver meios nem condições para que as informações ou os documentos possam ser fornecidos ou revelados sem prejuízo dos seus interesses de segurança nacional, notificará o Procurador ou o Tribunal nesse sentido, indicando as razões precisas que fundamentaram a sua decisão, a menos que a descrição específica dessas razões prejudique, necessariamente, os interesses de segurança nacional do Estado.”

Por conta desse regime de cooperação entre os Estados, o TPI se esbarra em barreiras quanto às informações de segurança dos países, visto que, se um Estado tiver conhecimento de informações sigilosas, e depois vir, a saber, que estas informações nacionais podem ser divulgadas, afetando a segurança nacional, o Estado tem o direito de intervir para que seja resolvida essa questão sem a divulgação das informações. Um dos fundamentos do TPI é a escolha pela proteção das soberanias estatais.

Uma das grandes discursões perante o Estatuto encontra-se no fato de que este proíbe a reserva ao Estatuto, ou seja, quando um Estado ratifica com o TPI, este membro adere ao estatuto, não somente a algumas partes, mas sim a sua totalidade. Vem expresso no artigo 120 do Estatuto: “Não são admitidas reservas a este Estatuto.” Porém, após sete anos de

vigência o Estatuto poderá ser revisto por qualquer Estado membro, podendo propor emendas, segundo o artigo 123³⁸.

O processo no Tribunal Penal Internacional possui duas fases importantes que são o inquérito e o procedimento criminal. O estatuto regula também as penas e os meios de impugnação, além da execução dessas penas.

1.4.1 Inquérito e procedimento criminal

Os legitimados para solicitarem uma instauração de investigação para verificar se o crime é de competência do Tribunal Penal Internacional, ou não, são os Estados Parte, Conselho de Segurança das Nações Unidas e o Promotor. Porém são excluídos deste rol as Organizações Internacionais Governamentais, as Organizações Não Governamentais e a pessoa humana individualmente considerada.

“Cabe ressaltar que, para que o TPI exerça sua competência, é necessário que esta seja aceita pelo Estado do território em que o crime tenha sido cometido ou pelo Estado da nacionalidade do acusado. Entretanto, quando é o Conselho de Segurança que ativa o TPI, o que só pode ser realizado em uma situação particular (de acordo com o Capítulo VII da carta da ONU), não importa se o Estado em questão é ou não signatário.”³⁹

É necessário ressaltar que serão alcançados pela jurisdição do TPI apenas os crimes praticados após o começo da vigência do Estatuto de Roma em cada Estado parte, quanto ao critério da imputabilidade penal dos crimes, se aplica exclusivamente ao maiores de 18 anos, como também é previsto na Constituição Brasileira.

³⁸ **Artigo 123:** “1. Sete anos após a entrada em vigor do presente Estatuto, o Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas convocará uma Conferência de Revisão para examinar qualquer alteração ao presente Estatuto. A revisão poderá incidir nomeadamente, mas não exclusivamente, sobre a lista de crimes que figura no artigo 5º. A Conferência estará aberta aos participantes na Assembleia dos Estados Partes, nas mesmas condições. 2. A todo o momento ulterior, a requerimento de um Estado Parte e para os fins enunciados no parágrafo 1º, o Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, mediante aprovação da maioria dos Estados Partes, convocará uma Conferência de Revisão. 3. A adoção e a entrada em vigor de qualquer alteração ao Estatuto examinada numa Conferência de Revisão serão reguladas pelas disposições do artigo 121, parágrafos 3º a 7.”

³⁹ LIMA, Renata Mantovani de; BRINA, Marina Martins da Costa. *O Tribunal Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey. 2006. p. 70-71.

1.4.2 Aplicação das penas

Como regra do cumprimento da pena é que o Estado fica livre para escolher os meios internos de cumprir a mesma, incluindo o local de prisão. Mas caso este não o faça, ou não escolha o local adequado, estará violando uma obrigação internacional.

Segundo Flávia Piovesan:

“Quanto às penas, o Estatuto estabelece como regra a pena máxima de 30 anos, admitindo, excepcionalmente, a prisão perpétua, quando justificada pela extrema gravidade do crime e pelas circunstâncias pessoais do condenado (art. 77)⁴⁰. Não bastando a sanção de natureza penal, o Tribunal poderá também impor sanções de natureza civil, determinando a reparação às vítimas e aos seus familiares (art. 75)⁴¹. O Estado conjuga, desse modo, a justiça retributiva com a justiça reparatória.”⁴²

De acordo com o artigo 27 do Estatuto, onde que sobre a Irrelevância da Qualidade Oficial:

“1. O presente Estatuto será aplicável de forma igual a todas as pessoas sem distinção alguma baseada na qualidade oficial. Em particular, a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público, em caso algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal nos termos do presente Estatuto, nem constituirá de per se motivo de redução da pena.

⁴⁰ **Artigo 77 - Penas Aplicáveis:** “1. Sem prejuízo do disposto no artigo 110, o Tribunal pode impor à pessoa condenada por um dos crimes previstos no artigo 5º do presente Estatuto uma das seguintes penas: a) Pena de prisão por um número determinado de anos, até ao limite máximo de 30 anos; ou b) Pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem; 2. Além da pena de prisão, o Tribunal poderá aplicar: a) Uma multa, de acordo com os critérios previstos no Regulamento Processual; b) A perda de produtos, bens e haveres provenientes, direta ou indiretamente, do crime, sem prejuízo dos direitos de terceiros que tenham agido de boa fé.”

⁴¹ **Artigo 75 - Reparação em Favor das Vítimas:** “1. O Tribunal estabelecerá princípios aplicáveis às formas de reparação, tais como a restituição, a indenização ou a reabilitação, que hajam de ser atribuídas às vítimas ou aos titulares desse direito. Nesta base, o Tribunal poderá, de ofício ou por requerimento, em circunstâncias excepcionais, determinar a extensão e o nível dos danos, da perda ou do prejuízo causados às vítimas ou aos titulares do direito à reparação, com a indicação dos princípios nos quais fundamentou a sua decisão; 2. O Tribunal poderá lavrar despacho contra a pessoa condenada, no qual determinará a reparação adequada a ser atribuída às vítimas ou aos titulares de tal direito. Esta reparação poderá, nomeadamente, assumir a forma de restituição, indenização ou reabilitação. Se for caso disso, o Tribunal poderá ordenar que a indenização atribuída a título de reparação seja paga por intermédio do Fundo previsto no artigo 79; 3. Antes de lavrar qualquer despacho ao abrigo do presente artigo, o Tribunal poderá solicitar e levar em consideração as pretensões formuladas pela pessoa condenada, pelas vítimas, por outras pessoas interessadas ou por outros Estados interessados, bem como as observações formuladas em nome dessas pessoas ou desses Estados; 4. Ao exercer os poderes conferidos pelo presente artigo, o Tribunal poderá, após a condenação por crime que seja da sua competência, determinar se, para fins de aplicação dos despachos que lavrar ao abrigo do presente artigo, será necessário tomar quaisquer medidas em conformidade com o parágrafo 1º do artigo 93; 5. Os Estados Partes observarão as decisões proferidas nos termos deste artigo como se as disposições do artigo 109 se aplicassem ao presente artigo; 6. Nada no presente artigo será interpretado como prejudicando os direitos reconhecidos às vítimas pelo direito interno ou internacional.”

⁴² PIOVESAN, Flávia C. *Direitos humanos e o direito constitucional Internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 300-301.

2. As imunidades ou normas de procedimento especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa; nos termos do direito interno ou do direito internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa.”

As normas, presentes no tratado são aplicadas a qualquer pessoa, independentemente, se tem cargo oficial ou não. Ou seja, mesmo sendo Chefe de Governo, isso não fará com que haja formas de desviar de sua responsabilidade penal, nem mesmo reduzir sua pena. Sendo garantido um processo justo em todas as suas fases e de acordo com os critérios internacionais.⁴³

Acontece que o TPI se baseia no princípio da ausência de imunidades em relação a crimes penais, este princípio ganhou força depois dos horrores das guerras passadas e com os tribunais internacionais provisórios, baseando-se na ideia de que a condição política de um agente não é o caso de isenção de responsabilidade penal⁴⁴ deste perante a sociedade internacional, logo este deve ser devidamente punido como individuo sem imunidades e sem diminuição de pena por causa de seu cargo político.⁴⁵

Quando é decidida a condenação, a Câmara de primeira instância fixara a pena, o qual será realizada uma audiência suplementar caso o Promotor ou arguido queiram

⁴³ PIOVESAN, Flávia C. *Direitos humanos e o direito constitucional Internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 301.

⁴⁴ **Artigo 25 do Estatuto de Roma - Responsabilidade Criminal Individual:** “1. De acordo com o presente Estatuto, o Tribunal será competente para julgar as pessoas físicas. 2. Quem cometer um crime da competência do Tribunal será considerado individualmente responsável e poderá ser punido de acordo com o presente estatuto. 3. Nos termos do presente Estatuto, será considerado criminalmente responsável e poderá ser punido pela prática de um crime da competência do Tribunal quem: **a)** Cometer esse crime individualmente ou em conjunto ou por intermédio de outrem, quer essa pessoa seja, ou não, criminalmente responsável; **b)** Ordenar, solicitar ou instigar à prática desse crime, sob forma consumada ou sob a forma de tentativa; **c)** Com o propósito e facilitar a prática desse crime, for cúmplice ou encobridor, ou colaborar de algum modo na prática ou na tentativa de prática do crime, nomeadamente pelo fornecimento dos meios para a sua prática; **d)** Contribuir de alguma outra forma para a prática ou tentativa de prática do crime por um grupo de pessoas que tenha um objetivo comum. Esta contribuição deverá ser intencional e ocorrer, conforme o caso: **i)** Com o propósito de levar a cabo a atividade ou o objetivo criminal do grupo, quando um ou outro impliquem a prática de um crime da competência do Tribunal; ou **ii)** Com o conhecimento da intenção do grupo de cometer o crime; **e)** No caso de crime de genocídio, incitar, direta e publicamente, à sua prática; **f)** Tentar cometer o crime mediante atos que contribuam substancialmente para a sua execução, ainda que não se venha a consumir devido a circunstâncias alheias à sua vontade. Porém, quem desistir da prática do crime, ou impedir de outra forma que este se consuma, não poderá ser punido em conformidade com o presente Estatuto pela tentativa, se renunciar total e voluntariamente ao propósito delituoso. 4. O disposto no presente Estatuto sobre a responsabilidade criminal das pessoas físicas em nada afetará a responsabilidade do Estado, de acordo com o direito internacional.”

⁴⁵ SIMÕES, Maria Carolina Vargas. *Imunidades e privilégios diplomáticos dos chefes de estado*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11326>. Acesso em: 20 mar. 2013.

demonstrar novos elementos que trarão relevância a pena. Logo após, a Câmara reunirá a portas fechadas e só então publicará sua sentença. A aplicação não é um procedimento arbitrário, pois como já visto no artigo 77 do Estatuto, as penas podem ser privativas de liberdade ou penas pecuniárias. É necessário um duplo grau de jurisdição, sendo assim o réu ou o Promotor podem apresentar recurso de apelação e de revisão. No Estatuto existe ainda a possibilidade da indenização das vítimas por erros judiciais.⁴⁶

Quanto à execução das penas, considerando que o TPI é um tribunal internacional, não tem um centro de detenção específico para seus condenados cumprirem a pena, o Tribunal designa um Estado, observando sempre critérios como: a opinião do condenado, sua nacionalidade, condições pessoais e outros fatores relevantes ao crime. Porém a detenção será de acordo com as leis do Estado que recebe o acusado, sendo que, os padrões devem estar dentro do exigido nos parâmetros internacionais. No entanto, os recursos continuam sendo de competência exclusiva do TPI.⁴⁷

1.5 Ratificação do TPI no Brasil

No Brasil, como aconteceu em outros países, à incorporação do TPI na norma interna brasileira passou por grandes discussões, por tratar de normas complexas, não se adotou de pronto as normas do Estatuto, pois era necessário fazer um exame jurídico para decidir por integrar o texto no ordenamento jurídico brasileiro. Sua vinculação concreta no plano jurídico internacional e formalmente só aconteceu em 25 de setembro de 2002.⁴⁸

Saulo José Casali Bahia⁴⁹ defende que o Brasil ao participar do Tribunal Penal Internacional está cumprindo o seu papel de Estado defensor da dignidade da pessoa humana, protetor da liberdade de uma sociedade justa que se estabelece fundamentando nos princípios de prevalência dos direitos humanos, como também:

⁴⁶ LIMA, Renata Mantovani de; BRINA, Marina Martins da Costa. *O Tribunal Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey. 2006. p. 78-83.

⁴⁷ Ibidem. p. 83-84.

⁴⁸ Decreto 4.388 de 25 de setembro de 2002, promulgado pelo Presidente da República, de acordo com os termos do artigo 84, VIII, da Constituição Federal.

⁴⁹ BAHIA, Saulo José Casali. *O Tribunal Penal e a Constituição Brasileira*. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CFAQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.direitofba.net%2Fmensagem%2Fsaucasali%2Ftribunalinternacional.doc&ei=Hc-3T-_dOZCs8QSHx_CpCg&usg=AFQjCNGjSawYnJlJdiJyczi9MAVGv12TsA&sig2=DBf8Cn782hqtuo7F_YWiQ>. Acesso em: 22 maio 2012.

“auto determinação dos povos, da independência nacional, da não intervenção, da igualdade entre os Estados, da defesa da paz, da solução pacífica dos conflitos, do repúdio ao terrorismo e ao racismo, da concessão de asilo político e da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.”⁵⁰

A Constituição Federal defende a criação de um Tribunal Internacional de Direitos Humanos, sendo este capaz de efetivar normas fundamentais internacionalmente conhecidas. Neste contexto que a emenda constitucional 45 de 2004 veio reafirmar o destaque dos Direitos Humanos no ordenamento brasileiro e expressa adesão ao TPI. Conforme o artigo §3º e §4º do artigo 5 da Constituição Federal a seguir:

“§ 3º 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.

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.”

Por fim, é importante ressaltar que o TPI é considerado um tribunal complementar as normas nacionais, portanto, os Estados possuem sua autonomia resguardada. Seguindo tal raciocínio, o referido conflito nem chegaria acontecer, visto que, suas competências não chegariam a convergir por se tratarem de crimes restritos da qual maior parte das Constituições Nacionais não alcançam. Então, os casos tratados pelo TPI são em que os Estados não foram capazes de decidir de forma justa, sendo, portanto, correto a aplicação complementar das normas do TPI, visto que a soberania estatal não seria o suficiente para combater com eficácia a ocorrência desses crimes de alto escalão. Isso são discussões que trataremos mais adiante.

⁵⁰ Ibidem.

2 PROCESSO DE INTERNALIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

A presente pesquisa tem por base enfatizar sobre as normas do Tribunal Penal Internacional e a recepção que os tratados internacionais possuem no ordenamento jurídico, principalmente após a Emenda Constitucional de 45 de 2004. Ocorre que na legislação brasileira há divergências entre a hierarquia de normas internas e os tratados internacionais de direitos humanos, deixando em aberto a lacuna para diferentes formas de interpretação desses tratados, gerando segundo Tayara Talita Lemos: “dissensos doutrinários e jurisprudenciais”⁵¹.

Outra “falha” apontada pela diversidade de forma de interpretação das normas internalizadas a partir de tratados era a espera da ratificação da Convenção de Viena de 1969, o qual foi mandada ao Congresso Nacional em 1992, dificultando a aplicação da Convenção, onde só se aplicava em norma do direito costumeiro e o *jus cogens*. Mas o Decreto 7.030, de 14 de dezembro de 2009, do qual o Presidente da República promulgou a Convenção sobre o Direito dos Tratados.

“A necessidade de disciplinar e regular o processo de formação dos tratados internacionais resultou na elaboração da Convenção de Viena, concluída em 1969, que teve por finalidade servir como a Lei dos Tratados. Contudo, limitou-se aos tratados celebrados entre os Estados, não envolvendo aqueles dos quais participaram organizações internacionais.”⁵²

Essa influência no constitucionalismo atual foi reconhecida por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004 que possibilitou a federalização dos crimes contra os direitos humanos no artigo 109, inciso V-A e §5º, da qual permite aos juízes federais a competência para julgar e processar causas relativas aos direitos humanos. Outro ponto existente nessa emenda foi em seu §3º, é previsto que o quórum de aprovação de um tratado é mesmo de uma emenda constitucional:

“(...) tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos serão equivalentes às emendas constitucionais, uma vez que aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos seus respectivos membros.”

⁵¹ LEMOS, Tayara Talita. *A emenda constitucional 45/04 e as alterações na recepção dos tratados internacionais de direitos humanos*. p. 4-24. Disponível em: <<http://www.cedin.com.br/revistaeletronica/artigos/A%20EMENDA%20CONSTITUCIONAL%2045%20Tayara%20Talita%20Lemos.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2012.

⁵² PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 100.

Um questionamento apontado é sobre a forma como o Brasil recepciona e incorpora o tratado. Com a emenda 45/04 novas divergências apareceram, mais adiante falaremos sobre como os tratados de direitos humanos são internalizados após tal emenda.

2.1 Tratados de direitos humanos

Os Tratados de direitos humanos são uma grande conquista ao reconhecimento do ser humano como pessoa com direitos e deveres perante os Estado soberanos.

É importante ressaltar que os tratados de direitos humanos se fundamentam na intenção de dar a cada ser humano a capacidade de ser titular de direitos, tanto no âmbito nacional quanto no internacional.

A maior parte das normas originou de tratados e convenções estabelecidas entre os Estados. A evolução histórica mundial confirma que os tratados tiveram a finalidade de constituir alianças, consagrar a paz, trazer melhorias os cidadãos depois de grandes catástrofes.

Segundo Alberto do Amaral Junior⁵³ os fenômenos importantes que marcaram a elaboração do direito dos tratados podem ser verificados no aparecimento e a multiplicação dos tratados multilaterais na cena internacional, pois o que geralmente acontecia eram tratados bilaterais constituídos, apenas, de dois Estados.

Segundo o 2º artigo da Convenção de Viena, a noção de tratado é um “... acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”.⁵⁴

Acontece que os tratados de direitos humanos possuem uma sistemática diferente dos outros tratados, sendo que o modo de exercitar estes tratados é por conta de cada Estado, mas sua força é cada vez mais crescente perante o positivismo internacional. Flávia

⁵³ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Curso de Direito Internacional Publico*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 47.

⁵⁴ Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969

Piovesan⁵⁵ afirma que “os tratados internacionais, enquanto acordos internacionais juridicamente obrigatórios e vinculantes (*pacta sunt servanda*) constituem hoje a principal fonte de obrigação do Direito Internacional”. Porém é importante esclarecer que não possui hierarquia entre as fontes de direito internacional público, todas possuem o status valorativo, entretanto a fonte mais utilizada é os tratados.

Não é sempre que um tratado traz novas normas, ou normatizam regras preexistentes do costume internacional, ou as modifica. Como, por exemplo, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969.

A primeira observação é que os tratados se restringem apenas aos Estados partes, ou seja, os Estados soberanos que expressamente demonstraram que consentiam em adotar as normas ao seu direito interno. Os Estados que não desejarem fazer parte, não são obrigados a participar do tratado, ao menos que as normas presentes no tratado tenham reconhecimento internacional como um costume.

Outro fato é que, geralmente, os tratados permitem reservas para que mais países os ratifiquem.

Há uma diferença doutrinária na nomenclatura entre: direitos do homem (são direitos não positivados, se tem por base mais os direitos naturais, pois são direitos valem em qualquer tempo, o que é muito difícil de encontrar nos dias atuais, pois quase tudo se encontra positivado), direitos fundamentais (Está diretamente relacionado com a proteção constitucional dos direitos dos cidadãos, já se encontram devidamente positivados em uma ordem jurídica concreta) e direitos humanos (direitos positivados e tratados ou costumes internacionais).

“É importante observar que a Constituição brasileira de 1988 se utilizou das expressões direitos fundamentais e direitos humanos com absoluta precisão técnica. De fato, quando o texto constitucional brasileiro quer fazer referência, mais particularmente, aos direitos nele previstos, utiliza-se da expressão “direitos fundamentais”, como faz no art. 5º, § 1º, segundo o qual “as normas definidoras dos direitos fundamentais têm aplicação imediata”. Por sua vez, quando o texto constitucional refere-se às normas internacionais de proteção da pessoa humana, faz referência à expressão “direitos humanos”, tal como no §3º do mesmo art. 5º, segundo o qual “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três

⁵⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 99.

quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.”⁵⁶

Na Constituição Brasileira em seu artigo 5º, §2º, consta 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”.

Quanto ao fundamento e o conteúdo dos direitos humanos, atribui-se o valor-fonte do direito ao fato da pessoa existir, onde qualquer pessoa é digna de tais direitos, assim como vem previsto no art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, onde trás três princípios basilares: “o princípio da inviolabilidade da pessoa, o princípio da autonomia da pessoa e o principio da dignidade da pessoa”.

Os Direitos humanos atuais se unem e se tornam mais fortes em benefício de cada pessoa, ou seja, não se dividem ou sucedem de geração em geração. O que traz a noção de conteúdo indivisível, da qual a ideia principal é que com o passar dos anos esses direitos se acumulem, ou seja, cada vez mais direitos sejam agregados aos que já existem e assim se completando e não dividindo.

Tanto a globalização como a internacionalização do direito não deixam espaço para o Estado que pretende ser isolado e alheio à sociedade internacional, mesmo que existam desafios a serem vencidos para que se consagre um Estado Constitucional e Humanista de Direito, o que é evidente é que a participação nessa sociedade é necessária, o que torna fatal o ingresso em um sistema não imune aos conflitos e as antinomias.

“O fenômeno antinômico entre normas do ordenamento internacional, independentemente de pertencerem tais normas a contextos regionais diversos ou de terem sido elaborados por entes estatais ou organizações internacionais em tudo desconexos, é uma realidade praticamente inevitável, fruto do processo de fragmentação que experimentou o direito internacional a partir da segunda metade do século XX, notadamente a partir da proliferação das normas internacionais e da emancipação do indivíduo frente os Estados nacionais.”⁵⁷

2.2 Processo de internalização dos tratados

No Brasil, não só a doutrina como também a jurisprudência classificam o sistema de internalização como dualista moderado, pois consideram que tanto o direito

⁵⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*, 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.751

⁵⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno*, 1. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 73

internacional quanto o nacional são ordens jurídicas distintas, existindo assim um duplo procedimento para que o tratado seja validado, ou seja, é necessário:

“O engajamento internacional, pelo qual o Estado se compromete perante os demais Estados – parte no tratado e o engajamento nacional, com a edição de uma norma interna, a partir da qual o tratado obriga os nacionais. Somente após a norma interna o tratado torna-se exigível no Brasil, adquirindo valor normativo que varia conforme a natureza do tratado e a forma de aprovação pelo Congresso Nacional.”⁵⁸

É sistema dualista moderado, pois o Estado brasileiro só é dualista durante o intervalo entre a ratificação do tratado e a sua promulgação, durante esse tempo se aceita duas ordens jurídicas: a interna e a externa. Por isso vem o uso do adjetivo “moderado”, se referindo a esse curto espaço de tempo.

Porém é importante ressaltar que na Constituição não aborda nada sobre a adoção de tal sistema, ocorre que proceder desta maneira se tornou um costume constitucional.⁵⁹

O tratado somente é internalizado com a promulgação do Decreto Executivo. Ao acolher a corrente dualista exige-se a sistemática da incorporação legislativa:

“O decreto presidencial que sucede à aprovação congressual do ato internacional e à troca dos respectivos instrumentos de ratificação, revela-se – enquanto momento culminante do processo de incorporação desse ato internacional ao sistema jurídico doméstico – manifestação essencial e insuprimível, especialmente se considerados os três efeitos básicos que lhe são pertinentes: a) a promulgação do tratado internacional; b) a publicação oficial de seu texto; e c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno.”⁶⁰

A exigência de um decreto executivo não é constitucional. Isso gera uma ampla discussão na jurisprudência brasileira, o qual culminou em duas teorias: a primeira teoria defende que o tratado é internalizado com a simples publicação do decreto executivo; já

⁵⁸ VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional público*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 86.

⁵⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 99.

⁶⁰ PIOVESAN, Flávia. 2010, p. 93. APUD. ADI 1.480-DF, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo STF, n. 109, DJU, 13.5.1998

a segunda teoria diz que o tratado é ratificado pelo Poder Executivo, a partir da autorização dada pelo decreto legislativo, e internalizado depois pelo decreto executivo.⁶¹

A primeira corrente por ser monista acredita que somente o decreto executivo já compromete o Brasil. Essa teoria esta fundamentada na Constituição de 1891, em que o Presidente da Republica tinha o poder de promulgar todas as leis, inclusive os tratados.

A segunda corrente se baseia no dualismo moderado, e é a aceita pelo Supremo Tribunal Federal, o qual defende que quem autoriza a ratificação de um tratado mediante o decreto legislativo é o Congresso Nacional. Porém a ratificação é do Presidente da República, que assina o ato de ratificação junto ao depositário do tratado. Após esse procedimento, o Brasil será um Estado membro do tratado.

Acontece que somente após a publicação do decreto executivo é que o tratado passa a integrar a ordem jurídica, podendo assim ser invocado nos tribunais brasileiros, o que antes da publicação não poderia, considerando que era só usado em tribunais internacionais. A partir de então, a norma poderá ser aplicada tanta internamente quanto externamente.

Flávia Piovesan entende que há duas sistemáticas de incorporação dos tratados no direito interno, a qual se divide como sistemática da incorporação automática e sistemática da incorporação legislativa:

“Em suma, em face da sistemática da incorporação automática, o Estado reconhece a plena vigência do Direito Internacional na ordem interna, mediante uma cláusula geral de recepção automática plena. Com o ato da ratificação, a regra internacional passa a vigorar de imediato tanto na ordem jurídica internacional como na interna, sem necessidade de uma norma de direito nacional que integre ao sistema jurídico. Essa sistemática da incorporação automática reflete a concepção monista, pela qual o Direito Internacional e o direito interno compõem uma mesma unidade, uma única ordem jurídica, inexistindo qualquer limite entre a ordem jurídica internacional e a ordem interna.

Por sua vez, na sistemática da incorporação legislativa, o Estado recusa a vigência imediata do Direito Internacional na ordem Interna. Por isso, para que o conteúdo de uma norma internacional vigore na ordem interna, faz-se necessária sua reprodução ou transformação por uma fonte interna. Neste sistema, o Direito Internacional e o Direito interno são duas ordens jurídicas distintas, pelo que aquele só vigorará na ordem interna se e na medida em que cada norma internacional for transformada em Direito Interno. A sistemática de incorporação não automática reflete a concepção dualista, pelo qual há duas ordens jurídicas diversas, independentes e autônomas: a

⁶¹ VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional público*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 86.

ordem jurídica e a ordem internacional, que não apresentam contato nem qualquer interferência.”⁶²

Essa sistemática de incorporação automática que é a adotada pela Constituição Brasileira quando se trata dos tratados de direitos humanos e vem sendo exemplo adotado por outros países, como, o Direito Português que em sua carta magna já adotava esse sistema de internalização. Essa tendência vem recebendo o nome de “recepção automática”.

Nos tratados de direitos humanos, o tratado deve ser aprovado por três quintos dos parlamentares em votação de dois turnos, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal. Após esse processo terão força de norma constitucional e poderão, segundo o STF: “paralisar a eficácia de outros dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que lhes sejam contrario, exceto aqueles irrevogáveis, como as cláusulas pétreas. Se não forem aprovados dessa forma, terão força de norma constitucional.”⁶³ Não é uma emenda constitucional propriamente dita, mas um decreto legislativo com força de ementa constitucional.

Essa mudança promovida pela Emenda Constitucional Nº 45, de 30 de dezembro de 2004, especificamente no artigo 5º, §3º da CF, fez surgir novas controvérsias, como, por exemplo: o “novo” dispositivo anula o anterior, o que demonstra claramente a inconstitucionalidade e o desprezo pelos princípios constitucionais. É necessário entender que as palavras não seriam o suficiente para regular os direitos humanos em si, mas a extrema necessidade de que suas normas sejam praticadas com eficiência.

Flávia Piovesan⁶⁴ entende que o §3º do artigo 5º veio para reformar a ideia da incorporação automática dos tratados de direitos humanos, o que para ela não faz sentido, pois após um processo de aprovação no âmbito interno fique a incorporação condicionada a um decreto do Presidente da República, o que segundo o STF é um momento culminante para o processo, sendo uma manifestação essencial e insuprimível.

⁶² PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 148-149.

⁶³ VARELLA, Marcelo Dias. 2012, p. 93. APUD. STF. RE 466343. Voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Decisão de 2007.

⁶⁴ PIOVESAN, Flávia. *Op.cit.* p. 92.

Na visão de Celso Ribeiro e Ives Gandra Martins⁶⁵ os artigos 3º e 4º da Constituição dá corpo a essa delicada matéria, pois segundo eles nenhum dispositivo demonstra de forma tão clara sobre a hierarquia do direito internacional, o que significaria dizer que o direito internacional não vincula internamente, ou seja, não pode ser fonte de direito e obrigações no direito interno, a não ser que haja um ato que o force legalmente e o coloque em vigor.

Uma fundamentação bastante embasada é de Luiz Flávio Gomes⁶⁶ que comenta a decisão do Ministro Gilmar Mendes sobre a supralegalidade dos tratados de direito humanos. Segundo Luiz Flávio, a Constituição Brasileira disciplina que tanto os direitos quanto as garantias ali previstos não revogam as outras normas dos tratados adotados, isso acontece pela autorização que tais direitos e garantias originários dos tratados de direitos humanos se incorporem ao ordenamento jurídico interno, transmitindo a ideia de que estavam escritos na Constituição, ampliando assim a constitucionalidade brasileira.

Nesse entendimento o §2.º do art. 5.º da Constituição Federal permitiu sempre que os tratados que tem por finalidade a proteção dos direitos humanos possuam o mesmo status hierárquico das normas constitucionais, e não de outra forma. Portanto, os direitos obtidos em tratados nunca tiveram dificuldade de serem classificados como normas de status constitucional.

Acontece que para o Ministro Gilmar Mendes os tratados de direitos humanos apresentam o nível hierárquico de supralegalidade e não chegam a ser classificados como norma constitucional.

“Doutrinariamente ainda é sustentável, de qualquer maneira, a tese de que eles contam com nível constitucional. O § 3.º do art. 5.º da Constituição precisa ser ainda melhor compreendido, pois tal dispositivo pode se prestar a interpretações dúbias ou equivocadas, sendo mais do que necessário explicar o seu real significado e o seu efetivo alcance.

Tecnicamente, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil já têm status de norma constitucional, em virtude do disposto no § 2.º do art. 5.º da Constituição. Portanto, já se exclui, desde logo, o entendimento de que os tratados de direitos humanos não aprovados pela maioria qualificada do § 3.º do art. 5.º equivaleriam hierarquicamente à lei ordinária federal, uma vez que os mesmos teriam sido aprovados apenas por maioria simples (nos

⁶⁵ PIOVESAN, Flávia. 2010, p. 92. APUD. Bastos, Celso Ribeiro. Martins, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil, v.1, p. 450-451.

⁶⁶ GOMES, Luiz Flávio. *O STF e a nova hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil*: do status de lei ordinária ao nível supralegal. Disponível em:

<http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20070319115849842>. Acesso em: 22 jun. 2012.

termos do art. 49, inc. I, da Constituição) e não pelo quórum que lhes impõe o referido parágrafo. O que se deve entender é que o quórum que tal parágrafo estabelece serve tão-somente para atribuir eficácia formal a esses tratados no nosso ordenamento jurídico interno, e não para atribuir-lhes a índole e o nível materialmente constitucionais que eles já têm em virtude do § 2.º do art. 5.º da Carta de 1988.”⁶⁷

Continuando, Luiz Flávio Gomes, o valor normativo que se defende ter os tratados de direitos humanos, leva muitos doutrinadores a crer que esses tratados sejam semelhantes às emendas constitucionais, o que deixa dúvidas quanto a sua natureza jurídica. O autor entende que ao dar status de norma constitucional a um tratado, é necessário compreender que o mesmo fará parte do bloco de constitucionalidade material da Constituição.

O tratado aprovado será considerado constitucional tanto materialmente quanto formalmente. Ao interpretar a sistemática constitucional, baseando-se nos princípios constitucionais e internacionais de proteção à dignidade humana, juntamente com a emenda constitucional 45/2004, entende-se que os tratados de direitos humanos já possuem o nível hierárquico de norma constitucional, segundo o § 2.º do art. 5.º, mas poderão ser tornar formalmente constitucionais desde que sejam aprovados pelo quórum do §3.º do mesmo artigo 5.º da Constituição Brasileira.

O STF entende que mesmo aqueles tratados que não foram aprovados pelo processo estabelecido pela emenda 45/04 e ainda que não possuam o status de constitucionalidade, não podem ser revogados ou terem sua eficácia suspensa por normas legais posteriores. Sendo assim se encontram acima das demais leis, mas abaixo da Constituição.

Por fim, cabe ressaltar que os tratados de direitos humanos vêm sempre com o intuito da valoração do homem dentro de uma sociedade. Os direitos assegurados nesses tratados visam reforçar os direitos já constitucionalmente garantidos, como amplia-los, trazendo, também, novos aspectos internacionalmente conhecidos sobre um mesmo problema.

⁶⁷ GOMES, Luiz Flávio. *O STF e a nova hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil: do status de lei ordinária ao nível supralegal*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20070319115849842>. Acesso em: 22 jun. 2012.

2.3 Resolução de antinomias internas – internacionais no Brasil

Como visto no tópico acima, no Brasil, os tratados tem força de norma infraconstitucional, sendo que os tratados de direitos humanos possuem força de normas constitucionais.

Acontece que esses valores normativos superiores e as demais leis vêm trazendo alguns conflitos entre o direito interno e as normas internacionais estabelecidas pelos tratados.

Para solucionar tais divergências, o STF tem decidido que as antinomias internas - internacionais podem ser resolvidas de duas formas:

- a) “quando o conflito é entre tratado internacional geral e lei interna também geral, aplica-se o critério cronológico de solução de antinomias (*Lex posterior derogat legi priori*) e opta-se pela norma mais recente.”⁶⁸
- b) “quando o conflito é entre tratado internacional geral e lei interna específica ou entre tratado internacional específico e lei interna específica ou entre tratado internacional específico e lei interna geral, aplica-se o critério da especialidade (*Lex generalis non derogat legi speciali*) e opta-se pela norma (tratado ou lei interna) que seja especial em relação à de caráter geral.”⁶⁹

O STF se utiliza de critérios clássicos ou tradicionais de solução de conflito entre direito interno internacional e direito interno, tendo em vista o critério cronológico, e da especialidade e o da hierarquia em sua forma hermética.

Tayara Talita Lemos⁷⁰ acredita que o princípio de hermenêutica traz uma maior harmonia entre o direito interno e os tratados internacionais, ampliando a proteção aos direitos humanos, obtendo maior número de direitos possíveis e escolhendo a melhor norma para proteção da vítima em um caso concreto.

Cláusulas de prevenção de conflitos vêm sendo estabelecidas para diminuir as antinomias de direito internacional-internacional, onde as mais comuns são:

⁶⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno*, 1. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 77.

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ LEMOS, Tayara Talita. *A emenda constitucional 45/04 e as alterações na recepção dos tratados internacionais de direitos humanos*. Disponível em: <<http://www.cedin.com.br/revistaelectronica/artigos/A%20EMENDA%20CONSTITUCIONAL%2045%20Tayara%20Talita%20Lemos.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2012. p. 45.

- *As cláusulas de ab-rogação expressa*: “por meio das quais o instrumento internacional estabelece expressamente a revogação de outro instrumento com ele incompatível”.⁷¹
- *As declarações de incompatibilidade*: “por meio das quais pretende-se compatibilizar os tratados anteriores (ou, até mesmo, os futuros) com a nova disposição convencional que versa sobre a mesma matéria”.⁷²
- *As cláusulas de incompatibilidade*: “que tem por objetivo eliminar uma das normas em conflito, seja do próprio contrato, seja de outro compromisso, anterior ou futuro.”⁷³
- *As cláusulas que adaptam os pactos já concluídos aos novos contratos*: “adapta as cláusulas de tratados anteriores, que já acabaram seu tempo de vigência, as normas de um tratado posterior, assegurando assim uma transição tranquila de normas.”⁷⁴

Já para solução de conflitos de direito interno – internacional, o STF tem se utilizado dos critérios (hierárquico, da especialidade, cronológico) que podem ser utilizados em três casos que envolvam normas de direito internacional: os conflitos entre normas do direito internacional privado; os conflitos entre normas do direito internacional público; e os conflitos entre normas de direito internacional público e normas de direito interno.

Essas antinomias decorrem da chamada “internacionalização do direito”. É difícil que um jurista aceite a nova onda globalizada onde, a corrente cada vez mais forte, demonstra “superioridade das normas internacionais de proteção dos direitos humanos em face das ordens jurídicas domésticas”.⁷⁵

As normas constitucionais devem ser interpretadas conforme as normas internacionais de direitos humanos que foram ratificados pelo Estado. Porém as normas infraconstitucionais não podem sobrepor ao direito internacional dos direitos humanos, mesmo possuindo a conformidade do texto constitucional. Acontece que mesmo se compatíveis, as leis internas com as normas constitucionais, isso não assegura a validade na ordem jurídica. Não surtiram efeito as leis internas estiverem em desacordo com os tratados de direitos humanos, que possuem status de norma constitucional.

⁷¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno*, 1. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 73

⁷² *Ibidem*.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ *Ibidem*. p. 76

No critério hierárquico, a norma hierarquicamente superior deve prevalecer sobre a hierarquicamente inferior, sendo que esse critério tem aplicação geral no direito constitucional. O critério da especialidade considera que a norma especial deve prevalecer sobre a norma geral em caso de conflito de leis. Já no critério cronológico se adota que a norma posterior revoga a norma anterior da mesma hierarquia, o que demonstra que a sociedade está sempre em busca de evoluir através de mudanças com normas cada vez mais atuais.

2.4 Internalização do TPI

Como já explicitado no tópico acima, o processo de internalização dos tratados de direitos humanos no Brasil se dá por meio da mesma sistemática de incorporação utilizada para aprovação de uma emenda constitucional, mas o enfoque da presente pesquisa se baseia no Tribunal Penal Internacional.

Ao analisar as normas do TPI, é fácil perceber a incompatibilidade com as normas da Constituição Brasileira, talvez seja por isso que o Brasil demorou anos para implementar o TPI no ordenamento jurídico interno. Pois, como ocorreu em outros países, a adoção desse Estatuto necessitou de uma análise jurídica minuciosa devido ao seu alto grau de complexidade e imperatividade que suas normas traziam.

O Brasil assinou o Estatuto de Roma do TPI em 7 de fevereiro de 2000. E no dia 10 de outubro de 2001, o presidente em exercício, Fernando Henrique Cardoso, levou o Estatuto à apreciação do Congresso Nacional.

O Congresso Nacional, com fulcro no Regimento Interno do Senado Federal, no artigo 48, XXVIII, aprovou o Estatuto de Roma, pelo Decreto Legislativo nº. 112, de 6 de junho de 2002:

“O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º - Fica aprovado o texto do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, aprovado em 17 de julho de 1998 e assinado pelo Brasil em 7 de fevereiro de 2000.

Parágrafo Único - Ficam sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão do referido Estatuto, bem como quaisquer ajustes complementares quem nos termos do inciso I do art. 49 da Constituição Federal, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Art. 2º - Este Decreto Legislativo entra em vigor na data de sua publicação.;

A inserção de fato do TPI no ordenamento jurídico brasileiro foi promulgado em 25 de setembro de 2002, do Decreto Presidencial 4.388.

Com esses atos formais o Brasil se comprometeu não só a cumprir obrigações internacionais antigas, mas também a se empenhar em punir as graves ofensas à pessoa humana, como por exemplo, o genocídio, além das outras previstas nas outras quatro Convenções de Genebra de 1949.

Outro ponto é que com o TPI o Brasil também se vinculou a cumprir de maneira concisa o artigo 7º do ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), onde reza que: “O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”. Sendo assim, o ordenamento brasileiro só alcançará tamanho objetivo se obtiver como característica a coordenação e não a subordinação, para que seja considerado um conjunto de negociações e concessões de todos os Estados para que se concretize, não um tribunal internacional de direitos humanos para todos os Estados.

Com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 se reforçou a ideia da hierarquia de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos e de maneira expressa incorporou a jurisdição do TPI ao ordenamento jurídico com o acréscimo dos seguintes parágrafos ao artigo 5º:

“§3º. 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.

§4º. O Brasil se submete à jurisdição de TPI a cuja criação tenha manifestado adesão.”

O debate acerca da constitucionalidade do Tratado de Roma não ocorre só dentro da legislação brasileira, já que outras Constituições atuais de outros países adotam os mesmos critérios vistos pela norma brasileira. Várias são as inconstitucionalidades conferidas ao Tratado de Roma, evidenciando-se antinomias quanto a “ausência de coisa julgada, da prisão perpétua, da extradição de nacionais e de estrangeiros, da imprescritibilidade de crimes e da ausência de imunidade de certos agentes públicos.”⁷⁶

⁷⁶ LORANDI, Adriana (Org.). *Tribunal Penal Internacional: Implementação do Estatuto de Roma no Brasil*. Brasília: Ministério Público Militar, 2007. p. 26.

2.5 Artigo 4º do Estatuto do TPI

Ao analisarmos o processo de internalização do Tribunal Penal Internacional a nossa norma interna jurídica é possível verificar que o processo formal foi realizado, entretanto mesmo com a ratificação persistiu algumas ressalvas e antinomias entre as normas do TPI e da Constituição Federal, entre elas, está a convergência do artigo 4º do Estatuto do TPI, na qual reza a seguir:

“Artigo 4º

Estatuto legal e poderes do Tribunal

1 - O tribunal terá personalidade jurídica internacional. Possuirá igualmente, a capacidade jurídica necessária ao desempenho das suas funções e à prossecução dos seus objetivos.

2- O tribunal poderá exercer os seus poderes e funções, nos termos do presente Estatuto, no território de qualquer Estado Parte e, por acordo especial, no território de qualquer outro Estado.”

Aqui entra em questão o aspecto do Estado soberano, considerando que o artigo se encontra no Estatuto e é previsto que ao assinar o TPI, o Estado parte se compromete a exercer de maneira plena todos os atos por este previsto, afim de que tais normas sejam consideradas “superiores” a normas do direito interno, entretanto deve-se relembra que o TPI é um tribunal complementar, então só irá agir se a justiça do Estado não for suficiente para punir de maneira eficaz o agente. Além disso, alguns juristas brasileiros, como Gilmar Mendes, consideram as normas presentes nos tratados de direitos humanos como normas supralegais, enquanto que as demais normas seriam infraconstitucionais. Não só por se tratar de direitos humanos assegurados internacionalmente, mas pelo fato do comprometimento com todas as normas ali presentes, não somente as que se desejava, pois é regra do TPI a adesão completa, e não a simples adesão com reservas.

Fica então a interrogação vigente na jurisprudência brasileira: como o Tribunal Penal Internacional tem poder interno sobre os nacionais de um Estado, sendo que a legislação interna diz o contrario, mas na própria ADCT em seu artigo 7^{o77}, o Brasil se obriga a adesão completa deste?

⁷⁷ Artigo 7º do ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias): “O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”.

Alguns doutrinadores, como Valério de Oliveira Mazzuoli, acreditam que não existe a possível *inconstitucionalidade intrínseca*⁷⁸ do Estatuto de Roma em relação à Carta Magna brasileira tendo em vista que baseado na mudança trazida pela Emenda nº 45/2004, a cláusula de recepção imediata dos tratados de direitos humanos, presentes nos §§ 1º e 2º do artigo 5º da Constituição Federal⁷⁹, trouxe fim à antinomia existente, além de se fundamentar também os princípios de direitos humanos, em especial o instituído no artigo 4º, II⁸⁰: “prevalência dos direitos humanos”.

Porém, esse não é o entendimento de outros doutrinadores brasileiros, que entendem que essa cláusula de recepção automática é uma afronta a Constituição Brasileira, considerando que as normas internacionais de direitos humanos sejam valoradas acima da própria lei máxima Estatal. Diante do exposto, haverá uma instabilidade legislativa ao se considerar que as normas vigentes do Estado não são suficientes para proteger seus entes nacionais, sem que tenha a intervenção de um tribunal superior que revogue os direitos adquiridos na nacionalidade.

Dentro dessa dinâmica doutrinária de antinomias trazida pelo TPI, um caso em especial será tratado no próximo capítulo sendo o ponto central de toda essa pesquisa: a pena de prisão perpétua. Sendo que não houve um caso concreto para embasar em uma jurisprudência concreta, porém as antinomias são muitas, principalmente, pelo fato de a divergência bater de frente com os direitos fundamentais presentes no artigo 5º da Constituição Federal, sendo totalmente contrária a norma do TPI. O fato é que no campo doutrinário cada autor tem sua versão e alguns acreditam até que o caso nunca irá ocorrer, pelo fato de serem competências diferentes que nunca irão divergir.

⁷⁸ Valerio de Oliveira Mazzuoli acredita que *inconstitucionalidade intrínseca* é: “quando o tratado, apesar de formalmente ter respeito todo o procedimento constitucional de conclusão estabelecido pelo direito interno, contem normas violadoras de dispositivos constitucionais, não se confundindo com a inconstitucionalidade chamada *extrínseca*.”

⁷⁹ **Artigo 5º, §§ 1º e 2º da Constituição Federal:** “§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

⁸⁰ **Art. 4º, II da Constituição Federal :** “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: II - prevalência dos direitos humanos;”

3 CONFLITO ENTRE O TPI E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

Como demonstramos nos capítulos anteriores, o TPI teve todo um processo de internalização na lei doméstica brasileira, passando por conflitos contrários a sua ratificação.

O conflito que trataremos neste capítulo é sobre a divergência existente entre o TPI e a Constituição Federal, com ênfase à prisão perpétua, sendo que no Brasil este tipo de pena é expressamente vetada nos direitos fundamentais em sua carta magna, exarado em seu artigo 5º. Portanto, o Brasil somente permite que o agente que praticou determinado delito ilícito, deve ser afastado da sociedade de maneira temporária, e não por toda a sua vida.

“Artigo 5º, XLVI: não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do Art. 84, XIX;
- b) DE CARÁTER PERPÉTUO;**
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;”

Porém, o artigo 77 do Estatuto de Roma diz que dependendo do ilícito penal é permitida a prisão perpétua, contrariando assim, uma norma fundamental brasileira que não pode ser reeditada sem uma plena revogação dos direitos fundamentais do âmbito interno brasileiro.

Diante do exposto, percebemos que existem conflitos gerados pelo TPI na norma interna brasileira que não foram superados, gerando uma insegurança jurídica. Há diversos caminhos a serem adotados, mas qual seria o mais correto, caso ocorra de fato o confronto entre o TPI e a Constituição Federal?! São perguntas que serão respondidas, demonstrando os vários pontos de vista de diversos doutrinadores.

3.1 Dispositivo do TPI

O Estatuto de Roma em seu artigo 77 estabelece que as prisões possuem o limite máximo de 30 anos ou dependendo da ilicitude do caso, ser uma prisão de caráter perpétuo, contrariando de forma clara e convicta a Constituição Brasileira que veda expressamente a prisão perpétua:

“**Artigo 77 - Penas Aplicáveis:**

1. Sem prejuízo do disposto no artigo 110, o Tribunal pode impor à pessoa condenada por um dos crimes previstos no artigo 5º do presente Estatuto uma das seguintes penas:
 - a) Pena de prisão por um número determinado de anos, até ao limite máximo de 30 anos; ou

b) Pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem,

2. Além da pena de prisão, o Tribunal poderá aplicar:

a) Uma multa, de acordo com os critérios previstos no Regulamento Processual;

b) A perda de produtos, bens e haveres provenientes, direta ou indiretamente, do crime, sem prejuízo dos direitos de terceiros que tenham agido de boa fé.”

Assim, o TPI demonstra que em relação a crimes mais severos será aplicada pena de prisão perpétua, não só como modo de prevenir futuros acontecimentos de terríveis crimes contra a humanidade, mas também tirar o direito de liberdade do preso até sua morte, considerando não ser tão cruel como a pena de morte, mas quase no mesmo nível de caráter compensatório da pena.

3.2 Direitos fundamentais na Constituição Brasileira

A definição de direito fundamental não é uma fácil tarefa, por isso diversos autores se baseiam no princípio da dignidade da pessoa humana, pois esses direitos se encontram diretamente ligados aos direitos humanos, ou seja, seriam normas relativas a dignidade humana dentro de um âmbito interno de um Estado.

Na visão do Supremo Tribunal Federal, os direitos fundamentais seriam os direitos individuais assegurados, que reza na Constituição em seu artigo 60, §4º: “**IV** - os direitos e garantias individuais.” Doutrinadores acreditam que escrito dessa forma, os direitos coletivos, que estão sempre em constante movimento não engessariam, e não deixariam de dar a devida importância ao direitos garantidos ao nascer.

Paulo Gustavo Gonet Branco⁸¹ define: “Os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade da pessoa humana.”

Existe a controvérsia na doutrina quanto à divisão entre direitos fundamentais formais, da qual são os direitos propriamente incluídos pelo constituinte, e os direitos fundamentais materiais, que seriam de fato as tutelas que logram proteção especial. Em sentido contrário, para Luís Roberto Barroso essa divisão é desprezível, pois considera

⁸¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocencio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso De Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 273.

que não só os direitos individuais são cláusulas pétreas, mas qualquer direito constitucional na adequação necessária de sua “fundamentalidade material”.

“A posição por nós defendida vem expressa a seguir e se socorre de um dos principais fundamentos do Estado constitucional brasileiro: a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). Esse princípio integra a identidade política, ética e jurídica da Constituição e, como consequência, não pode ser objeto de emenda tendente à sua abolição, por estar protegido por uma limitação material implícita ao poder de reforma. Pois bem: é a partir do núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana que se irradiam todos os direitos materialmente fundamentais, que devem receber proteção máxima, independentemente de sua posição formal, da geração a que pertencem e do tipo de prestação a que dão ensejo.

Diante disso, a moderna doutrina constitucional, sem desprezar o aspecto didático da classificação tradicional em gerações ou dimensões de direitos, procura justificar a exigibilidade de determinadas prestações e a intangibilidade de determinados direitos pelo poder reformador na sua essencialidade para assegurar uma vida digna. Com base em tal premissa, não são apenas os direitos individuais que constituem cláusulas pétreas, mas também as demais categorias de direitos constitucionais, na medida em que sejam dotados de fundamentalidade material.⁸²”

Como visto no tópico acima, o artigo 77 do Estatuto de Roma, colide de maneira direta a um direito fundamental expresso na norma interna brasileira, que não pode ser revogado sem confrontar a ideia de que o princípio da dignidade da pessoa humana seja ferido e não passe a visão de um Estado brasileiro soberano que não cumpre o que se compromete a fazer.

Os direitos fundamentais são vitais para um Estado, sendo que destes emanam diretrizes que fundamentam toda uma organização social com direitos e deveres inerentes a vida de um ser humano que vive em uma sociedade. Mas até onde os direitos de uma determinada sociedade podem colocar-se acima de uma norma internacional perante o tribunal internacional? É um questionamento que fica.

3.3 Prisão perpétua

A pena de caráter perpétua pode ser ilustrada como uma perda do direito de liberdade do agente até a sua morte.

Em referência ao TPI, a prisão perpétua nasceu da busca pela união de duas correntes doutrinárias opostas representada na Conferência de Plenipotenciários.

⁸² BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 178-179.

“Uma encabeçada pelos Estados Unidos, representando os Estados da *common law*, defendendo a pena de morte por darem ênfase ao caráter retributivo da pena; e a segunda corrente composta pelas nações da *civil law*, favoráveis à pena máxima de 30 anos por acreditarem no cunho utilitário da pena”⁸³.

Entende-se que tal prisão seria um avanço histórico, visto que não visa à morte do condenado, mas o priva de sua liberdade até o fim de sua vida, acreditando que o indivíduo detentor da pena não está apto a voltar a viver dentro de uma sociedade.

Porém, alguns doutrinadores entendem que aplicar essa pena seria um retrocesso, visto que retira o criminoso da sociedade em que vive, além de toda sua expectativa de se restabelecer socialmente no futuro, o privando de um direito fundamental inerente a pessoa e se tornando uma sanção desumana, segundo Aníbal Bruno:

“A prisão perpétua é uma pena de segurança. A sociedade defende-se, afastando definitivamente do seu seio o homem que gravemente delinuiu. Mas é uma pena cruel e injusta. Priva o condenado não só da liberdade, mas da esperança da liberdade, que poderia encorajá-lo e tornar-lhe suportável a servidão penal. Torna impossível qualquer graduação segundo a natureza e circunstâncias do crime e as condições do criminoso, e retira todo objetivo à função atribuída primordialmente à pena, que é o reajustamento social do condenado. É, em geral, excessiva e não atende à necessária determinação no tempo, porque não findará em uma data fiada na sentença, mas durará enquanto o homem exista.”⁸⁴

Pelo fato de muitos não reconhecerem a função reeducadora e social, a prisão perpétua não foi expressamente proibida somente na carta magna brasileira, mas também em diversos países, como:

- Artigo 30 da Constituição de Portugal de 1982;
- Artigo 40 da atual Constituição da Costa Rica;
- Artigo 3 do texto constitucional da Nicarágua de 1987;
- Artigo 65 da Constituição da Venezuela de 1961; e

⁸³ MENEZES, Fabio Victor de Aguiar. *a pena de prisão perpétua e o Tribunal Penal Internacional: Aspectos constitucionais*. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6758&revista_caderno=3>. Acesso em: 28 fev. 2013.

⁸⁴ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1962, p.230.

- A Constituição espanhola, que também, não permite o caráter perpétuo em suas penas.

“No Brasil, a primeira Constituição a vedar a prisão perpétua foi a de 1934, ao dispor no art. 113, inciso XXIV, que não haveria penas de banimento, morte, confisco, ou de caráter perpétuo, ressalvadas quanto à pena de morte as disposições da legislação militar em tempo de guerra com País estrangeiro. A Carta de 1937, no art. 122, inciso XIII, também destacava que não haveria penas perpétuas. A Constituição de 1946 repetiu a de 1934, no art. 141. O texto da Lei Maior de 1967 previa, no § 11 do art. 150, que não haveria pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, nem de confisco, com as exceções relativas à pena de morte em tempo de guerra nos casos previstos na legislação penal militar. O dispositivo presente no § 11 do art. 153 da Emenda Constitucional de 17 de outubro de 1969 também dizia que não haveria pena de morte, de prisão perpétua, banimento ou confisco, salvo em caso de guerra externa, psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva nos termos que a lei determinar.”⁸⁵

Com a proibição mencionada na alínea B do inciso XLVII do art. 5º da Constituição Brasileira, a aplicação da prisão perpétua pelas leis brasileiras não é possível, visto que qualquer pena deve ser aplicada de maneira temporária, sendo assim não se permite que o autor do crime fique preso durante toda sua vida.

3.4 Soluções apresentadas por doutrinadores brasileiros

Muitos doutrinadores, mesmo após a internalização do TPI garantida pelo artigo 7º do ADCT, defendem que a absorção de normas do Estatuto ao ordenamento jurídico brasileiro não é uma inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n.º 45, porque se defende que a norma de proibição expressa a prisão perpétua é referente ao direito interno, não estando voltada ao ordenamento internacional, da qual o TPI faz parte. Sobre tal entendimento versa Sylvia Helena Steiner:

“O Tribunal Penal Internacional cuida de crimes diversos dos previstos nas Leis Penais ordinárias, e de danosidade que transcende o território nacional. Assim, a vedação constitucional não poderia estender-se para o tipo de crime submetido à jurisdição da Corte. Ademais, se a própria Constituição prevê como princípio da República reger-se o País, nas suas relações internacionais, pela prevalência dos direitos fundamentais, é certo que nas

⁸⁵ SILVA, Alice Rocha da. LINO, Clarice Nader Pereira. A constitucionalidade da pena de prisão perpétua no tribunal penal internacional frente ao ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 119-120, jul./dez. 2012.

suas relações com a comunidade internacional não poderia contrapor normas que dizem exclusivamente com a disciplina de suas instituições internas.”⁸⁶

Visto por esse aspecto, existe somente um aparente conflito entre essas normas, ocorre que o TPI e a Constituição Brasileira atuam em diferentes competências: o Tribunal Penal Internacional julga crimes de relevância internacional; e a Constituição Federal, os referentes a esfera jurídica interna.

Os defensores dessa teoria se baseiam no antigo entendimento do Supremo Tribunal Federal, a qual cujo fundamento era de que não haveria impedimento na extradição passiva se o mesmo cumprisse a prisão perpétua no Estado requerente. Atualmente o entendimento da Suprema Corte é outro, como se observa no voto do ministro do Supremo Celso de Melo:

“A extradição somente será deferida pelo Supremo Tribunal Federal, tratando-se de fatos delituosos puníveis com prisão perpétua, se o Estado requerente assumir, formalmente, quanto a ela, perante o Governo brasileiro, o compromisso de comutá-la em pena não superior à duração máxima admitida na lei penal do Brasil (CP, art. 75), eis que os pedidos extradicionais - considerado o que dispõe o art. 5º, XLVII, "b" da Constituição da República, que veda as sanções penais de caráter perpétuo - estão necessariamente sujeitos à autoridade hierárquico-normativa da Lei Fundamental brasileira. Doutrina. Novo entendimento derivado da revisão, pelo Supremo Tribunal Federal, de sua jurisprudência em tema de extradição passiva.”⁸⁷

No mesmo fundamento o Ministro Carlos Ayres Brito em seu julgado, afirma que:

“Finalmente, importa considerar que, na legislação estadunidense, a pena máxima pelo cometimento do crime de conspiração é a de prisão perpétua. Em face dessa possibilidade cominatória, é de se ver que a jurisprudência desta Suprema Corte, a partir da Ext. 855, da relatoria do Min. Celso de Mello, mudou para exigir do Estado requerente o compromisso de não aplicar esse tipo de reprimenda, menos ainda a pena capital, em caso de condenação do réu. Pelo que, por ocasião do julgamento daquela extradição, votei pela necessidade de o Supremo Tribunal Federal, ao deferir pedido, condicionar a efetivação do ato de entrega do extraditando ao compromisso

⁸⁶ STEINER, Sylvia Helena apud SHECAIRA, CÔRREA JÚNIOR, Alceu; SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p.117.

⁸⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Extradição n.º855*, do Tribunal Pleno. Disponível em: <www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>. Acesso em: 05 mar. 2013.

formal de o Estado estrangeiro comutar a prisão perpétua em pena privativa de liberdade não superior a trinta anos.”⁸⁸

Portanto, o STF só concedera a extradição, caso o Estado requerente atentar ao que o art. 5º, XLVII, "b" e se comprometer com o Brasil em aplicar a pena de prisão perpétua com pena que não seja superior a 30 anos conforme o exarado no artigo 75 do Código Penal Brasileiro.

Segundo Eneida Orbage de Britto Taquary, o Brasil sendo um Estado soberano, é inadmissível que se curve diante de outro Estado e extradite seu cidadão nato, baseando-se nos princípios da igualdade entre os Estados e de sua autodeterminação, porém é possível “somente em casos de cooperação internacional em que o país se obrigou, por tratado internacional, a extraditar seus nacionais”⁸⁹. Todavia, não se fala de extradição de nacional ao TPI, mas sim do agente a ser julgado por órgão competente.

Sob esse prisma, é infundado o argumento de que o dispositivo constitucional está vinculado ao seu cumprimento somente a norma interna brasileira. Acontece que na teoria do constitucionalismo global, a norma constitucional não serve somente como base das relações internacionais, inerentes aos princípios constitucionais, como também das relações domésticas, como o princípio supremo que é a dignidade da pessoa humana, permitindo ao Brasil dar materialidade efetiva tanto no âmbito interno quanto externo.

Há, porém, doutrinadores que acreditam na admissão do princípio da ponderação dos interesses como remédio de esse conflito, ao passo que, consideram a possibilidade de que a justiça e o combate à impunidade se sobressaiam à execução da prisão perpétua, sobre isso Flávia Piovesan ensina:

“É lógico que a grande maioria vai negar a prisão perpétua, ninguém pode ser simpatizante ou defender esse tipo de pena; no entanto, nessa balança, tenho de optar, e esse conflito de valores deve ser solucionado à luz da condição, é essa pauta valorativa que nos vai orientar a detectar a racionalidade abraçada pelo sistema e a racionalidade da dignidade humana, essa é a alma do constitucionalismo de 1988. Portanto, com toda a convicção, entendo que a balança deve pesar em prol do direito à justiça, do

⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Extradição n.º855*, do Tribunal Pleno. Disponível em: <www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>. Acesso em: 5 mar. 2013

⁸⁹ TAQUARY, Eneida Orange de Britto. *Tribunal penal internacional & a emenda constitucional 45/04* (sistema normativo brasileiro). Curitiba: Juruá, 2009. p. 268.

combate à impunidade, quando se trata de crimes que afrontam a humanidade.”⁹⁰

Ao verificar a possibilidade de um indivíduo cumprir a pena de caráter perpetua no Brasil, de acordo com as normas do TPI, principalmente o “sem reservas”, observamos que tal pensamento leva a uma grande antinomia constitucional, visto que confrontaria os princípios constitucionalizados como cláusulas pétreas irrevogáveis, o que passaria da questão de uma pena justa ao ato considerado gravíssimo pelo TPI, como a prisão perpetua.

No que se refere aos princípios constitucionais presente na Declaração Universal dos Direitos Humanos é necessário ater ao princípio da humanização das penas, no tocante ao fato de que “ninguém será submetido à tortura, a tratamentos ou punições cruéis, desumanos ou degradantes”.

Então, podemos nos remeter a uma das características dos direitos humanos que veda o retrocesso, ou seja, uma norma conquistada durante a história da humanidade não pode retroceder ao tempo, porém, essa característica atual é amplamente criticada, ao passo que o direito não é estático, por que evolui de acordo com a sociedade. O fato de não poder retroceder poderia afetar diretamente ao Estado, pois traria uma inercia, por não poder agir de maneira incisiva em certas circunstâncias.

Tal como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Constituição Federal, também contém esse princípio expresso em seu inciso III⁹¹ do artigo 3º, sobre o qual Shecaria e Corrêa Junior pronunciam-se:

“O Estado Democrático de Direito, constituído pela Carta de 1988, possui como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF). Portanto, a pessoa humana deve ser a medida primeira para a tutela do Estado, alcançando ainda maior destaque no Direito Penal, pois o condenado deverá ser encarado como sujeito de direitos e deverá manter todos os seus direitos fundamentais que não forem atingidos pela condenação. Note-se que

⁹⁰ PIOVESAN, Flavia. *O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira*. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero11/PainelVI-2.htm>>. Acesso em: 02 mar. 2009.

⁹¹ **Art. 3º** - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: **III** - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

a pena de prisão, por exemplo, é privativa de liberdade, e não da dignidade, respeito e outros direitos inerentes ao ser humano.”⁹²

Ao vedar constitucionalmente a prisão perpétua em qualquer delito, o legislador lembra ao magistrado que para o princípio da individualização da pena, seja observada, a necessidade de que haja a fixação mínima e máxima da mesma, em relação ao tempo, o que claramente não ocorre com o Estatuto de Roma, preceitua Luisi:

“No caso brasileiro, os empecilhos à ratificação não se restringem ao problema da disposição que no Estatuto prevê a reclusão perpétua. O conflito também se verifica por não ter o Estatuto individualizado a pena para cada um dos tipos penais nele previstos. Preferiu a fórmula indeterminada do art. 77, na qual se noticia apenas o mínimo e o máximo da pena aplicáveis genericamente e indistintamente a todos os delitos. Não leva em conta a especificidade de cada tipo penal e a maior ou menor relevância do bem jurídico tutelado. Não considera a maior ou menor gravidade da ofensa que especificamente cada um dos diferenciados fatos descritos como delitos acarreta aos diferentes bens jurídicos protegidos nos arts. 6º, 7º e 8º⁹³ do Estatuto.”⁹⁴

É necessário frisar que a pena de caráter perpétuo será aplicada apenas em casos excepcionais em que se verificar a extrema gravidade do fato levando em conta também a condição do preso, sendo assim não é pena facilmente utilizada pelo TPI, além disso pelo fato da proibição constitucional se valer de clausula pétrea, nos termos do §4º do artigo 60⁹⁵ da Constituição Brasileira não é passível de revisão e assim não pode ser objeto de emenda constitucional.

A liberdade e a vida são plenamente asseguradas pela nossa Carta Magna, sendo que não podem ser afetadas por emenda constitucional, por ser tratar de um direito fundamental expressamente certificado pelo Estado, porém há quem diga que o Estado pode sim interferir nessa liberdade por se considerar que os direitos humanos são direitos

⁹² CÔRREA JUNIOR, Alceu; SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p.86.

⁹³ Artigo 6º trata sobre o Crime de Genocídio; Artigo 7º sobre os Crimes Contra a Humanidade; E Artigo 8º sobre Crimes de Guerra.

⁹⁴ LUISI, Luiz Benito. *A criação do Tribunal Penal Internacional*. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero11/PainelIV-3.htm>>. Acesso em: 02 mar. 2009.

⁹⁵ **Art. 60** - A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: **§ 4º** - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: **I** - a forma federativa de Estado; **II** - o voto direto, secreto, universal e periódico; **III** - a separação dos Poderes; **IV** - os direitos e garantias individuais.

relativamente indisponíveis, podendo assim o Estado se abster de demandar tal direito, que até então se acreditava ser inerente a pessoa humana.

A existência de um tribunal de direitos humanos como o Tribunal Penal Internacional demonstra como a história da luta pelos direitos do homem evoluiu, porém ao utilizar a pena da prisão perpétua como meio de eficácia e até prevenção a crimes considerados gravíssimos, vai de encontro a todo esse crescimento, principalmente contra o princípio supremo da dignidade da pessoa humana.

3.5 Resolução de constituições de outros Estados considerados incompatíveis com o TPI

Não foi só o Brasil que encontrou dificuldades para internalizar o TPI as suas normas domésticas de forma que não fossem diretamente inconstitucionais a uma lei nacional preexistente.

Um exemplo disso é Portugal, que ao notar a antinomia presente entre a sua Constituição com as normas o TPI, decidiu por uma cláusula de remissão global que permitia amplos poderes ao Estatuto de Roma, ou seja, as normas do TPI especificamente teria autonomia perante as regras da própria Constituição, sendo assim somente para estes casos haveria exceções.⁹⁶

Por adotar tal medida, a Constituição Portuguesa passou até o inciso VII do artigo 7º:

“Portugal pode, tendo em vista a realização de uma justiça internacional que promova o respeito pelos direitos da pessoa humana e dos povos, aceitar a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, nas condições de complementaridade e demais termos estabelecidos no Estatuto de Roma.”⁹⁷

O que isso demonstra é que essa cláusula adotada traz a ideia de ser uma clausula aberta, pois acaba com a inconstitucionalidade do TPI na norma interna portuguesa especificamente, deixando claro que qualquer norma do TPI será considerada constitucional,

⁹⁶ MOREIRA, Vital et al. *O Tribunal penal internacional e a ordem jurídica portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 69-157.

⁹⁷ Constituição de Portugal

não afrontando assim a Carta Magna Portuguesa. O mesmo não ocorre a outras normas internacionais que não sejam do Estatuto de Roma.⁹⁸

Em outros países foram declaradas inconstitucionais as normas do Estatuto de Roma, por se considerar que tais diretrizes diminuía a soberania estatal e reservava as imunidades de autoridades estatais. Na França, primeiramente o TPI foi declarado parcialmente inconstitucional, pois além de confrontar a soberania estatal e a imunidade de autoridades, também desrespeitava a lei interna de prescrição e a anistia. A solução adotada se assemelha a de Portugal: acrescentar em sua constituição, lei constitucional 99-568 de 08.07.1999, o artigo 53-2, da qual se extinguiu o conflito e só assim o TPI foi ratificado.

Na Bélgica também ocorreram fatos parecidos, porém os governantes rejeitaram a ideia de uma revisão constitucional, como ocorreu na França e em Portugal, ao invés disso ratificaram o Tribunal e consideraram que os conflitos poderiam ser resolvidos posteriormente.

Uma saída diferente foi implementada na Itália, visto que no artigo 110 de sua Constituição prevê que a pena de prisão perpetua deve ser revista a cada 25 anos, logo abre a possibilidade da pena ser reduzida e não se estabelece assim o caráter perpetuo.

Pode-se compreender que cada país tem seu conflito interno, entretanto com a globalização, cada vez mais imperante e norteadora de decisões, o caminho internacional está voltado para a segurança jurídica, fazendo com que Estados se flexibilizem a ponto de garantir a defesa dos direitos humanos por meio da inserção do TPI em seu ordenamento jurídico, de maneira complementar, sem deixar de defender a soberania de cada Estado.

3.6 Resolução aparente

Diante do conflito apresentado ao longo deste capítulo é possível perceber que as soluções são muitas, até mesmo pelo fato que tal caso em análise nunca aconteceu de fato entre o Brasil e o Tribunal Penal Internacional ao longo dos anos desde a sua ratificação.

Segundo o princípio da atuação complementar, além de doutrinadores como Oscar Vilhena Vieira⁹⁹, pode-se entender que tal antinomia nunca aconteceria, pelo fato do

⁹⁸ CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 248-250.

Brasil ser capaz de julgar os crimes previstos nos TPI com suas leis internas, já que tal Tribunal age de maneira complementar, logo não seria necessária a sua atuação.

Outros doutrinadores, como Flávia Piovesan, defendem que não haveria conflito, pois a competência, para julgar os crimes previstos pelo TPI, é diferente, ou seja, não há conflito entre a lei interna com lei externa, sendo então apenas um conflito apenas aparente.¹⁰⁰

A teoria defendida por Saulo José Casali Bahia¹⁰¹ é que como em casos de guerra o Brasil permeia a possibilidade de uma de pena de morte¹⁰², que é um crime bem mais grave que a prisão perpétua da qual apenas retira a liberdade do agente e não a vida, e o Brasil aceita tal possibilidade, em casos de guerra com base no artigo 84, XIX da Carta Magna. Então, com base nesse argumento, pode-se pensar que a competência do TPI pode ser exercida dentro dos âmbitos penais em casos de guerra.

“**Art. 84** - Compete privativamente ao Presidente da República:

XIX - declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional;”

Relembrando que a competência do TPI¹⁰³, juntamente com a ratificação da Carta da ONU, da qual se prevê que, caso haja a necessidade de preservação ou restauração

⁹⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: ed. Malheiros Editores.

¹⁰⁰ PIOVESAN, Flavia. *O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira*. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero11/PainelVI-2.htm>>. Acesso em: 02 mar. 2009.

¹⁰¹ BAHIA, Saulo José Casali. *O Tribunal Penal e a Constituição Brasileira*. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CFAQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.direitofba.net%2Fmensagem%2Fsaulocasali%2Ftribunalinternacional.doc&ei=Hc-3T-_dOZCs8QSHx_CpCg&usq=AFQjCNGjSawYnJlJdiJyczi9MAVGv12TsA&sig2=DBf8Cn782hqtuo7F_YWiQ>. Acesso em: 22 maio 2012.

¹⁰² Constituição Brasileira: “ artigo 5º, **XLVII** - não haverá penas: **a)** de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do Art. 84, XIX;”

¹⁰³ **Artigo 5º do Estatuto de Roma:**” **1.** A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes: **a)** O crime de genocídio; **b)** Crimes contra a humanidade; **c)** Crimes de guerra; **d)** O crime de agressão. **2.** O Tribunal poderá exercer a sua competência em relação ao crime de agressão desde que, nos termos dos artigos 121 e 123, seja aprovada uma disposição em que se defina o crime e se enunciem as condições em que o Tribunal terá competência relativamente a este crime. Tal disposição deve ser compatível com as disposições pertinentes da Carta das Nações Unidas.”

da paz e da segurança internacional, teria por parte da Organização, o apoio dos Estados partes, assim como o uso da força, o que demonstrar que a competência do TPI seria plausível, tendo em vista os casos de guerra em qualquer esfera penal.

Com base nessa ideia, a norma brasileira alcança a maioria dos crimes competentes ao Tribunal Penal Internacional, ao passo que a ONU classifique como estado de guerra os cometidos.

Há muitos anos o STF vem permitindo a extradição quando ao invés de aplicar a pena de morte, se aplique a pena de prisão perpétua privativa de liberdade. A explicação para isso se consistia no fato de que a Constituição Federal não permite a prisão perpétua dentro do território nacional, não fala se está for fixada e cumprida em outro país por outra jurisdição, ou seja, a proibição é restrita ao Estado Brasileiro.

Em decisão recente, o STF, decidiu que existiria a possibilidade de aplicação de prisão perpétua: “se o pedido de extradição deferido sob a condição de que o Estado requerente assumia, em caráter formal, o compromisso de comutar eventual pena de prisão perpétua em pena privativa de liberdade com o prazo máximo de 30 anos.”¹⁰⁴

Seguindo esse entendimento, se o agente fosse condenado e cumprisse pena no Brasil, não iria atingir o ideal do TPI, pois rapidamente seria posto em liberdade, violando assim uma norma do Estatuto. Então se o Brasil levasse o agente ao juízo competente, no caso o TPI, e este tribunal o julgasse, fixasse pena de prisão perpétua e determinasse o cumprimento efetivo da pena em um outro Estado não iria assim violar nenhuma norma brasileira.

Alguns doutrinadores questionam que não seria certo a entrega de nacionais ao Tribunal Internacional Penal. Todavia, isso já se encontra previsto no artigo 89 do Estatuto:

“Artigo 89 - Entrega de Pessoas ao Tribunal

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

¹⁰⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Extradição 1155*. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20623650/extradicao-ext-1155-stf>>. Acesso em: 21 mar. 2013.

conformidade com o presente Capítulo e com os procedimentos previstos nos respectivos direitos internos.

2. Sempre que a pessoa cuja entrega é solicitada impugnar a sua entrega perante um tribunal nacional com, base no princípio *ne bis in idem* previsto no artigo 20, o Estado requerido consultará, de imediato, o Tribunal para determinar se houve uma decisão relevante sobre a admissibilidade. Se o caso for considerado admissível, o Estado requerido dará seguimento ao pedido. Se estiver pendente decisão sobre a admissibilidade, o Estado requerido poderá diferir a execução do pedido até que o Tribunal se pronuncie.

3. a) Os Estados Partes autorizarão, de acordo com os procedimentos previstos na respectiva legislação nacional, o trânsito, pelo seu território, de uma pessoa entregue ao Tribunal por um outro Estado, salvo quando o trânsito por esse Estado impedir ou retardar a entrega.

b) Um pedido de trânsito formulado pelo Tribunal será transmitido em conformidade com o artigo 87. Do pedido de trânsito constarão:

i) A identificação da pessoa transportada;

ii) Um resumo dos fatos e da respectiva qualificação jurídica;

iii) O mandado de detenção e entrega.

c) A pessoa transportada será mantida sob custódia no decurso do trânsito.

d) Nenhuma autorização será necessária se a pessoa for transportada por via aérea e não esteja prevista qualquer aterrissagem no território do Estado de trânsito.

e) Se ocorrer, uma aterrissagem imprevista no território do Estado de trânsito, poderá este exigir ao Tribunal a apresentação de um pedido de trânsito nos termos previstos na alínea b). O Estado de trânsito manterá a pessoa sob detenção até a recepção do pedido de trânsito e a efetivação do trânsito. Todavia, a detenção ao abrigo da presente alínea não poderá prolongar-se para além das 96 horas subseqüentes à aterrissagem imprevista se o pedido não for recebido dentro desse prazo.

4. Se a pessoa reclamada for objeto de procedimento criminal ou estiver cumprindo uma pena no Estado requerido por crime diverso do que motivou o pedido de entrega ao Tribunal, este Estado consultará o Tribunal após ter decidido anuir ao pedido”

Acontece que tal previsão convencional diverge em outra norma constitucional presente no artigo 5º:

“**LI** - 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;

LII - não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião;”

A resposta para o caso em análise é simples, segundo Saulo Bahia, pois não há conflito, apenas aparente, ou seja, a entrega de brasileiros natos para serem julgados pelo TPI não seria uma extradição, mas sim uma entrega à jurisdição competente para julgar e condenar pela autoridade competente.

O argumento é fundamentado no artigo 7º do ADCT: “O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos.”, onde se consolidou a institucionalização desse tribunal, passando o TPI passou a integrar a estrutura judiciária, sendo um tribunal de complementariedade a jurisdição brasileira, ou seja, uma última instância quando o país o faz.

Interpretamos que, mesmo com a proibição expressa de pena de prisão perpetua na Constituição Brasileira, a condenação de um brasileiro nato no Tribunal Penal Internacional, não seria inviável se a pena fosse cumprida em um Estado em que tal penalidade fosse permitida. Então não haveria o descumprimento do Brasil do Tratado que ratificou, e não indo contra sua Lei Máxima.

Face o exposto, é importante nos atentarmos ao que estamos falando de Estados Soberanos que possuem leis próprias, culturas diferentes, ideias opostas, mas que juntos buscam internacionalmente a igualdade de direitos entre os povos. O que podemos nos remeter que a aplicação da pena de prisão perpétua, faria o Brasil não ser taxado como retrogrado ou excluído da globalização dos direitos humanos, mas com certeza, seria um retrocesso a sua própria Constituição e retrocesso a toda sua história de luta para cláusulas pétreas como se essas fossem asseguradas. O Brasil fecha os olhos para sua história, olhando para trás pelas lentes do mundo.

CONCLUSÃO

Ao analisarmos o caso, posto em cheque, é necessário ter a concepção de que o Tribunal Penal Internacional não se originou da ideia de ser apenas fiscalizador dos Estados Soberanos que não respeitassem os direitos humanos, mas da ideia originária de um tribunal complementar a lei interna, já existente nos países, cujos casos são relativos ao genocídio, crimes contra a humanidade e de guerra, que trazem grande repercussão internacional.

A criação do Estatuto de Roma foi para assegurar a toda pessoa humana que casos criminosos, como os ocorridos no passado, não ficariam impunes, considerando que as normas fundamentais e rígidas de um Estado, não seriam suficientes para impedir que os agentes causadores fossem punidos adequadamente.

Com a incorporação do TPI ao ordenamento jurídico brasileiro, as normas fundamentais expressas na Constituição Federal foram frontalmente incompatíveis com as normas do Estatuto, o que gerou uma insegurança a comunidade jurídica, havendo debates de grande proporção entre os doutrinados, mas especificadamente sobre o caso da aplicação da pena de prisão perpetua a brasileiro nato.

É importante ter a perspectiva de que um caso concreto, dificilmente acontecerá, tendo por fundamento o caráter complementar do TPI, considerando que as normas brasileiras seriam capazes de punir os crimes previstos no Estatuto de Roma.

As discussões e teorias não se findam, porém a solução apresentada é que tanto o Estado Brasileiro quanto o TPI, possuem competências diferenciadas, onde o nacional seria passível de ser julgado neste tribunal, pois não há o que se falar em extradição, pois o brasileiro seria apenas levado ao órgão competente, que fosse capaz de julgar de maneira eficaz o crime pertinente à jurisdição do Estatuto. Havendo assim, harmonia jurídica e social entre os entes internacionais envolvidos, considerada as esferas de competências distintas. Logo, a coexistência é possível.

O TPI veio assegurar a paz e a segurança do individuo, entretanto, a manutenção de normas rígidas como a pena de caráter perpetuo, coloca em discussão a evolução mundial em busca de melhores formas de garantir a paz e os direitos humanos, ou seja, o mundo não estaria regredindo ao tentar uniformizar regras?! Como no caso em análise,

onde o Brasil proíbe a aplicação dessa pena, seria uma via de exceção, para que as normas do Estatuto fossem válidas, e a lei nacional esquecida.

Concluimos que a coexistência das normas brasileiras com o Estatuto de Roma é pacífica, entretanto, mesmo que a pena de prisão perpetua não seja cumprida em território nacional, a execução dessa pena é vista como um retrocesso, não só da Constituição Federal, como também de toda uma história de luta em busca dos direitos humanos no país.

REFERÊNCIAS

- ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- AMARAL JUNIOR, Alberto do. *Curso de Direito Internacional Publico*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.
- BAHIA, Saulo José Casali. *O Tribunal Penal e a Constituição Brasileira*. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CFAQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.direitofba.net%2Fmensagem%2Fsaulocasali%2Ftribunalinternacional.doc&ei=Hc-3T-_dOZCs8QSHx_CpCg&usg=AFQjCNGjSawYnJlJdiJyczi9MAVGv12TsA&sig2=DBf8Cn782hqtuo7F_YWiQ>. Acesso em: 22 maio 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição Da República Federativa do Brasil.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Extradição n.1155*. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20623650/extradicao-ext-1155-stf>>. Acesso em: 21 mar. 2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Extradição n.855*, do Tribunal Pleno. Disponível em: <www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>. Acesso em: 05 mar. 2013.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1962, p.230.
- CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 248-250.
- CÔRREA JUNIOR, Alceu; SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p.86.
- HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de direito internacional*. São Paulo: LTR. 2009.
- LORANDI, Adriana (Org.). *Tribunal Penal Internacional: Implementação do Estatuto de Roma no Brasil*. Brasília: Ministério Público Militar, 2007.
- LEMOS, Tayara Talita. *A emenda constitucional 45/04 e as alterações na recepção dos tratados internacionais de direitos humanos*, p. 4-24. Disponível em: <<http://www.cedin.com.br/revistaeletronica/artigos/A%20EMENDA%20CONSTITUCIONAL%2045%20Tayara%20Talita%20Lemos.pdf>>. Acesso em: 09 mar 2012.
- LIMA, Renata Mantovani de; BRINA, Marina Martins da Costa. *O Tribunal Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey. 2006.
- LUISI, Luiz Benito. *A criação do Tribunal Penal Internacional*. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero11/PainelIV-3.htm>>. Acesso em: 02 mar. 2009.

- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *A Importância do Tribunal Penal Internacional*. Disponível em: <<http://www.laondadigital.com/laonda/LaOnda/201-300/238/Recuadro31.htm>>. Acesso em: 06 jun. 2012.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*, 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno*, 1. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2010
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. v. 3.
- MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O Tribunal penal internacional e a Constituição Brasileira*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/dh/tpi/cartilha_tpi.htm>. Acesso em: 06 jun. 2012
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocencio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009
- MENEZES, Fabio Victor de Aguiar. *A pena de prisão perpétua e o Tribunal Penal Internacional: Aspectos constitucionais*. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6758&revista_caderno=3>, Acesso em: 28 fev. 2013.
- MOREIRA, Vital et al. *O Tribunal penal internacional e a ordem jurídica portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 69-157.
- PIOVESAN, Flávia C. *Direitos humanos e o direito constitucional Internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PIOVESAN, Flavia. *O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira*. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero11/PainelVI-2.htm>>. Acesso em: 02 mar. 2009.
- PORTUGAL. Constituição (1976). Constituição da República Portuguesa.
- PUNIR os crimes de guerras: os Tribunais Penais Internacionais*. Disponível em: <<http://www.icrc.org/por/resources/documents/misc/5tndf6.htm>>. Acesso em: 28 ago. 2012.
- ITÁLIA. Estatuto (1998). Estatuto de Roma.
- SILVA, Alice Rocha da; LINO, Clarice Nader Pereira. A constitucionalidade da pena de prisão perpétua no tribunal penal internacional frente ao ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 119-120, jul./dez. 2012.
- SIMÕES, Maria Carolina Vargas. *Imunidades e privilégios diplomáticos dos chefes de estado*. < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11326>. Acesso em: 20 mar. 2013.

SOUZA, Mateus Gaspar Luz Campos de. *O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19595/o-tribunal-penal-internacional-e-a-constituicao-federal-de-1988#ixzz24rmkZG3a>>. Acesso em: 28 ago. 2012.

STEINER, Sylvia Helena apud SHECAIRA, CÔRREA JUNIOR, Alceu; SHECAIRA, Sérgio Salomão. Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p.117.

TAQUARY, Eneida Orange de Britto. *Tribunal penal internacional & a emenda constitucional 45/04* (sistema normativo brasileiro). Curitiba: Juruá, 2009. p. 268.

TRIBUNAL Penal Internacional. Disponível em:

<<http://www.icrc.org/por/resources/documents/misc/5yblr2.htm>>. Acesso em: 28 ago 2012.

VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional público*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: ed. Malheiros Editores.

VIENA. Convenção (1969). Convenção de Viena sobre Direito dos tratados.

YIP, César. *Conferência de Revisão do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional*. Disponível em: <<http://neiarcadas.wordpress.com/2010/06/05/conferencia-de-revisao-do-estatuto-de-roma-do-tribunal-penal-internacional-por-cesar-yip/>>. Acesso em: 11 out. 2012