

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: CRIAÇÃO, CARACTERÍSTICAS E COMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Gabriela Maria Negreiros Albuquerque

RESUMO

A criação do Tribunal Penal Internacional (TPI) através do Estatuto de Roma representa relevante marco no campo de proteção aos direitos humanos, sendo o Brasil um dos entusiastas de sua instituição. Assim, o presente trabalho tem como objetivo analisar de forma breve os antecedentes históricos da criação do TPI, suas características e a compatibilidade do Estatuto de Roma com a Constituição brasileira. Ao final, observar-se-á que o TPI é um mecanismo inédito de defesa dos direitos humanos tanto pela possibilidade de responsabilização pessoal de agentes agressores quanto por suas singulares características, atuando como limitador/sancionador de condutas pessoais, muitas vezes acobertadas pelo próprio Estado. Ademais, em que pesem as aparentes incompatibilidades, inexistente ofensa do Estatuto de Roma quanto à Carta Magna Brasileira. Para chegar a tais conclusões, a construção deste artigo se baseia em uma pesquisa teórica através de doutrinas de direito internacional e direito constitucional, bem como em consultas a sítios eletrônicos de órgãos oficiais, à

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e análise de leis e tratados internacionais.

Palavras-chave: Direito Internacional. Direitos Humanos. Direito Penal Internacional. Constituição Federal.

ABSTRACT

The creation of the International Criminal Court (ICC) by the Rome Statute represents an important milestone in the protection of human rights, and Brazil was one of the enthusiasts of its institution. Thus, this work aims to briefly analyze the historical background of the ICC creation, its features and the compatibility of the Rome Statute with the Brazilian Constitution. At the end, it will be observed that the ICC is an unprecedented mechanism of human rights by both the possibility of personal accountability of aggressors as for its unique characteristics, acting as a limiter/sanctioner of personal conducts, often covered up by the States. Moreover, in spite of the apparent incompatibility, there isn't any offense of the Rome Statute to the Brazilian Constitution. To reach these conclusions, the construc-

tion of this article is based on a theoretical research through international and constitutional law doctrines, on consultation to official bodies electronic sites, on Brazilian Supreme Court jurisprudence and analysis of laws and international treaties.

Key words: International Law. Human Rights. International Criminal Law. Brazilian Constitution.

INTRODUÇÃO

Desde os tempos mais remotos até a atualidade a História sempre esteve repleta de conflitos que causaram grandes níveis de destruição em termos materiais e humanos. De acordo com o professor William Schabas, paralelamente às disputas também haviam espécies de códigos de guerra, que regulavam os comportamentos a serem observados durante as batalhas. A violação dessas regras levava o infrator a julgamento, onde era possível a aplicação de punições.¹

Ocorre que esses procedimentos eram sempre realizados em âmbito nacional, comprometendo a adoção de decisões imparciais. Isto porque os infratores costumavam ser indivíduos que ainda detinham poder na sociedade, enquanto as vítimas eram sujeitos reprimidos pelas forças dominantes daquela mesma coletividade.²

Em virtude disso, a instituição de uma corte penal internacional parecia ser a solução ideal para realizar esses julgamentos. Contudo, com a formação do Estado Moderno surge o conceito de soberania, o qual mais tarde originou o princípio da não intervenção

(inseto no art. 2º,§7º da Carta das Nações Unidas³), reforçando a impossibilidade de responsabilização de um Estado na esfera internacional em razão de sua autonomia, de sua independência em relação aos demais membros da comunidade internacional.⁴

Ademais, mesmo que fosse possível a responsabilização em plano internacional, até o final da Primeira Grande Guerra a tese da inimputabilidade dos governantes⁵ detinha força absoluta, dado o entendimento de que altos funcionários do Estado não poderiam responder pelos atos que praticavam no exercício de suas funções.⁶

Esse cenário começa a se alterar com o fenômeno da internacionalização dos direitos humanos, que emerge com o fim da Segunda Guerra Mundial⁷. Flávia Piovesan ao analisar a obra “A Era dos Direitos”, de Bobbio, observa que, no que concerne aos direitos humanos, o filósofo

3 O art. 2º,§7º da Carta das Nações Unidas prevê que “Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervir em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado ou obrigará os Membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do Capítulo VII.”

4 LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade**. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, vol. 16, nº 45, 2002, p. 188.

5 A inimputabilidade dos governantes é claramente derrubada com a instituição do Tribunal de Nuremberg, que será estudado com mais detalhes em momento oportuno deste trabalho. A partir dele não apenas os Estados, mas também os indivíduos poderiam ser sujeitos de direitos e deveres perante o Direito Internacional, possibilitando a responsabilização penal inclusive de funcionários do Estado, independentemente do cargo por eles ocupados. Mais detalhes ver: CARDOSO, Elio. **Tribunal Penal Internacional: conceitos, realidades e implicações para o Brasil**. Brasília: FUNAG, 2012, p. 40.

6 LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo, op. cit., p. 188.

7 PIOVESAN, Flávia Cristina. **Direitos Humanos e a Jurisdição Constitucional Internacional**. Revista Brasileira de Direito Constitucional, nº1, 2003, p. 148.

1 SCHABAS, William A.. **An Introduction to the International Criminal Court**. New York, Cambridge University Press, 2004, p.1.

2 *Idem*

divide a atividade internacional em três esferas: promoção, controle e garantia.⁸

Na atividade de *promoção* o Estado desenvolve ações para fomentar e aperfeiçoar os direitos humanos; o *controle* se refere à cobrança direcionada ao Estado quanto ao cumprimento dos tratados a que se obrigou perante a comunidade internacional; já a *garantia* é exercida através de uma jurisdição internacional que atua contra os Estados em prol da defesa dos direitos dos seus cidadãos.⁹

A partir disso, infere-se que a proteção aos direitos humanos na esfera internacional apenas se completou com o Estatuto de Roma em 1998, instrumento responsável pela criação do Tribunal Penal Internacional (TPI). O TPI surge então como a primeira corte permanente com jurisdição penal internacional, tendo competência para julgar crimes de vultosa gravidade de alcance internacional, isto é, cujas consequências transpõem os limites de um Estado, atingindo a humanidade como um todo¹⁰.

Cumprir destacar que o advento do TPI se deu em razão de grandes catástrofes humanitárias que marcaram o final do século XX e aumentaram ainda mais o movimento de internacionalização dos direitos humanos, seja pelo clamor da opinião pública, seja pela intensificação do tema nos fóruns e debates internacionais¹¹. Por isso, afirma Piovesan que:

É nesse cenário que o Tribunal Penal Internacional simboliza um avanço civilizatório extraordinário, ao celebrar a esperança por justiça e pelo combate à impunidade dos mais graves crimes, permitindo que a força do direito possa prev-

alecer em detrimento do direito da força.¹²

Hoje, após quase 18 anos da elaboração do Estatuto, muito se questiona sobre a efetividade do Tribunal e as dificuldades no exercício de suas atribuições. Todavia, é inegável sua relevância no cenário internacional. Nesse sentido, este trabalho objetiva analisar sucintamente os antecedentes que levaram à criação do TPI, suas características e os pontos controversos de maior destaque quanto à aplicabilidade das normas do Estatuto de Roma em face da constituição brasileira.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS À CRIAÇÃO DO TPI

O Direito Internacional encontrou no século XX um período de ampla positivação no que tange aos direitos humanos, sendo notória a adoção de vários instrumentos de proteção tanto no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU) quanto a nível regional.¹³

Diante disso, advém o que Paulo Bonavides denomina de “*nova universalidade dos direitos fundamentais*”, a qual clama por maior eficácia e concretude, tendo como objeto qualquer indivíduo em razão da condição humana, que a todos os homens é inerente.¹⁴ Destarte, mais do que produzir normas, era imperativo garantir a devida efetividade aos

12 PIOVESAN, Flávia Cristina, 2013, *op. cit.*, p. 477.

13 A título ilustrativo podemos citar a Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada pela Assembleia Geral da ONU em 1948, a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos de 1969, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950 e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966.

14 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 573-574.; Sobre mais detalhes quanto à universalização dos direitos fundamentais ver também: PIOVESAN, Flávia Cristina, 2003, *op. cit.*, p. 149.

8 PIOVESAN, Flávia Cristina. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013, e-book, p. 464.

9 *Idem*.

10 CARDOSO, Elio, *op. cit.*, p. 37.

11 *Idem*.

instrumentos jurídicos internacionais já existentes.¹⁵

Em parte, essa humanização do direito internacional e a busca por sua concretude foram provocadas pelas duas Grandes Guerras, que por suas repercussões nefastas despertaram de forma latente a necessidade de proteger a dignidade humana e responsabilizar penalmente quem a violasse. Logo, os tratados internacionais eram vistos como instrumentos de promoção de um sistema de proteção internacional apto a repelir novas atrocidades.¹⁶

Nesse contexto pós-1945 foram estabelecidos o Tribunal de Nuremberg¹⁷ e o Tribunal de Tóquio para processar e julgar criminosos de guerra, notadamente autoridades políticas e militares nazistas e japonesas, respectivamente.

O Tribunal de Nuremberg é um marco no direito internacional por dois motivos: inaugura uma fase de proteção dos direitos humanos independentemente da atuação de um Estado específico e; reconhece pela primeira vez a responsabilidade criminal daqueles que agem em nome de um Estado, muitas vezes sob sua proteção, contrapondo-se à tese da inimizabilidade

15 REZEK, Francisco. **Princípio da Complementariedade e Soberania**. Brasília: Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, nº11, 2000. Disponível em < <https://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/333/535> > Acesso em 18/05/2015.

16 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 988-990.; PIOVESAN, Flávia Cristina, op. cit., p. 148.

17 Mais detalhes e documentações específicas sobre o Tribunal de Nuremberg podem ser encontradas em: FEDERAL RESEARCH DIVISION - THE LIBRARY OF CONGRESS. **Nuremberg Trials**. Disponível em < http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/Nuremberg_trials.html > Acesso em 20/05/2015.; HARVARD LAW SCHOOL LIBRARY. **Nuremberg Trials Project**. Disponível em < http://nuremberg.law.harvard.edu/php/docs_swi.php?DI=1&text=overview >

dos governantes que até então vigorava.^{18 19}

Ao longo da segunda metade do século XX outros conflitos mais geograficamente centralizados ocorreram com eminente caráter destrutivo. Consequentemente, foram criados dois novos tribunais internacionais a partir de Resoluções do Conselho de Segurança da ONU (CSNU) para dois casos de conflitos internos que despertaram a atenção da comunidade internacional na década de 90: um para os atos praticados na antiga Iugoslávia²⁰ e outro para os praticados em Ruanda²¹.²²

Cumprir destacar que esses tribunais, assim como aqueles pós-guerras mundiais, foram estabelecidos para julgar situações de conflitos específicos, não podendo, portanto, estender sua jurisdição para outros casos, ainda que similares.²³

Desde 1948, quando da adoção da Convenção sobre a Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio, a comu-

18 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, op. cit., p. 991.

19 Para mais informações acerca da teoria da irresponsabilidade dos governantes ver: LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo, op. cit., p.188.

20 O Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia foi criado pela Resolução 827 do CS. Mais informações podem ser encontradas em: Audiovisual Library of International Law. **Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia**. Disponível em < <http://legal.un.org/avl/ha/icty/icty.html> > Acesso em 17/12/15.

21 O Tribunal Penal Internacional para Ruanda foi criado pela Resolução 955 do CS. Mais informações podem ser encontradas em: Audiovisual Library of International Law. **Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda**. Disponível em < <http://legal.un.org/avl/ha/ictcr/ictcr.html> > Acesso em 17/12/15.

22 LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo, op. cit., p. 189.

23 GOBIERNO DE ESPAÑA - MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN. **Corte Penal Internacional**. Disponível em < <http://www.exteriores.gob.es/PQUESortal/es/PoliticaExteriorCooperacion/NacionesUnidas/Paginas/CortePenalInternacional.aspx> >. Acesso em 19/05/2015.

nidade internacional já registrava anseio por um tribunal penal internacional, conforme leitura de seu artigo VI²⁴. Na época, a Assembléia Geral da ONU requereu que a Comissão de Direito Internacional (CDI) estudasse a possibilidade de estabelecer um órgão judicial internacional para processar acusados de genocídio.²⁵

Apesar do avanço, o Direito Internacional Penal ainda se revelava um tanto quanto incipiente no que tange à punição de indivíduos a nível internacional por violação aos direitos humanos. Por isso, os tribunais da Ex- Iugoslávia e de Ruanda, antecessores do Tribunal Penal Internacional, sofreram várias críticas pela comunidade internacional: eram submetidos à ONU; foram frutos de uma Resolução do CSNU e não de um tratado internacional; a criação de novos tribunais *ad hoc* similares ficaria subordinada ao veto dos membros permanentes do CSNU; tinham caráter transitório e puniam atos praticados antes de sua instituição.²⁶

Diante das referidas críticas e da constante violação à dignidade humana nas mais variadas localidades e situações, urgia estabelecer um novo tribunal internacional, mas agora de caráter permanente, universal, imparcial e independente. Estava aberto o caminho para a criação do Tribunal Penal Internacional.

24 Redação do artigo VI: “As pessoas acusadas de genocídio ou qualquer dos outros atos enumerados no Artigo III serão julgadas pelos tribunais competentes do Estado em cujo território foi o ato cometido ou pela Corte Penal Internacional competente com relação às Partes Contratantes que lhe tiverem reconhecido a jurisdição.” O texto completo da Convenção em português pode ser consultado no Decreto nº 30.822 de 6 de maio de 1952.

25 ACCIOLY, Hildebrando, SILVA, G.E do Nascimento, CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 792.; COALITION FOR THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. History of the ICC. Disponível em <<http://iccnw.org/?mod=icchistory>>. Acesso em 19/05/2015.; PIOVESAN, Flávia Cristina, *op. cit.*, p. 151.;

26 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *op. cit.*, p. 992-993

CRIAÇÃO DO TPI - COMPETÊNCIA E CARACTERÍSTICAS

Dada a conjuntura narrada, o TPI surge como uma ferramenta jurisdicional inédita para evitar a impunidade dos que cometem crimes de vultosa gravidade, que transcendem a esfera da soberania do Estado, atingindo a comunidade internacional como um todo.²⁷

Assim em 17 de julho de 1998, após três anos de debates na Assembléia Geral da ONU, foi aprovado na Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas o Estatuto de Roma, instrumento responsável pela criação do TPI.²⁸

O fato de sua criação ser fruto de ampla negociação com participação de vários países representa relevante distinção quanto aos tribunais *ad hoc*, formados pelos países vencedores de conflitos (Tribunal de Nuremberg) ou por imposição de uma Resolução do CSNU com debate restrito de países em sua adoção (Tribunal para Ruanda). Nas palavras de Elio Cardoso “O Estatuto de Roma, por seu turno, resultou do ‘encontro de vontades’ de grande parte - ainda que não da totalidade - da comunidade internacional [...]”²⁹

O “encontro de vontades” mencionado pelo embaixador pode ser constatado ao se observar o que o Estatuto foi aprovado por 120 nações, havendo

27 REZEK, Francisco, *op. cit.*.

28 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *op. cit.*, p. 995.; ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Overview**. Disponível em <<http://legal.un.org/icc/general/overview.htm>> Acesso em 20/05/2015.

29 CARDOSO, Elio, *op. cit.*, p. 40

somente 7 votos contrários³⁰ e 21 abstenções em relação ao seu estabelecimento.³¹

O TPI se erige, portanto, como um tribunal destinado a combater a impunidade relativa aos crimes de maior gravidade, de alcance internacional, praticados por pessoas físicas. De acordo com o artigo 5º do Estatuto, o Tribunal tem competência para julgar os crimes de genocídio, crimes contra humanidade, crimes de guerra e o crime de agressão, sendo as suas respectivas definições trazidas nos artigos seguintes.^{32 33}

Para viabilizar essa nova perspectiva de atuação jurisdicional internacional sobre os crimes supralistados, o TPI se funda sobre alguns princípios e características que o difere dos tribunais *ad hocs* anteriormente instituídos.

De plano, nota-se que o TPI é a primeira corte penal internacional permanente³⁴ e independente. Trata-se, portanto, de uma organização internacional com personalidade jurídica própria, não vinculada a nenhum Estado ou organismo internacional (v.g. ONU), não se dissolvendo após certo lapso temporal ou conclusão de um determinado trabalho.³⁵

Outro destaque é o princípio da uni-

30 Votaram contra o Estatuto de Roma: China, Estados Unidos, Iêmen, Iraque, Israel, Líbia e Qatar. Esses Estados até a corrente data ainda não são membros do TPI. Mais detalhes sobre Estados-membros ver: INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. The States Parties to the Rome Statute. Disponível em < http://www.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx >. Acesso em 20/05/2015.

31 PIOVESAN, Flávia Cristina, *op. cit.*, p. 151.

32 GOBIERNO DE ESPAÑA - MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN, *op. cit.*

33 Um estudo mais aprofundado sobre os crimes de competência do TPI pode ser realizado com a leitura de: CARDOSO, Elio, *op. cit.*, p. 47-53.; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *op. cit.*, p. 1004-1011.

34 A permanência do TPI é mencionada expressamente no art. 1º de seu Estatuto.

35 CARDOSO, Elio, *op. cit.*, p. 40. INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Understanding the International Criminal Court. P. 4. Disponível em < <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/UICCEng.pdf> > Acesso em 21/05/2015.

versalidade, pelo qual os Estados-membros reconhecem a jurisdição do TPI, cujo exercício se dá igualmente entre todos eles, sendo vedado afastar a apreciação de um caso pela Corte quando o mesmo for de sua competência.³⁶

Sobre a universalidade do TPI, Valerio Mazzuli aduz que o Estatuto de Roma é um tipo especial de tratado de natureza centrífuga, classificação esta em que se encontram “[...] tratados ou normas de direitos humanos que regulam situações ou relações que fogem dos limites da jurisdição doméstica ou regional da qual um Estado é parte, conduzindo o Estado ou o sujeito a um órgão jurisdicional global.”³⁷

Mister grifar, contudo, que essa universalidade é mitigada por um dos princípios centrais que regem o TPI, qual seja, o princípio da complementaridade, pois apesar de atingir todos os Estados-membros, a jurisdição do TPI nem sempre será utilizada de pronto.

Significa dizer que sua competência é complementar às jurisdições nacionais, que possuem primazia na apreciação de casos de sua alçada, até mesmo pelas vantagens inerentes ao uso dos tribunais nacionais³⁸. Assim, o TPI será utilizado apenas quando o Estado não tiver capacidade, não se dispuser a efetivamente investigar e processar, ou simplesmente não o fizer em relação a indivíduos que praticaram crimes previstos no Estatuto.³⁹ Logo, os Estados têm a responsabilidade primária de julgar seus nacionais,

36 LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo, *op. cit.*, p. 192.; PIOVESAN, Flávia Cristina, *op. cit.*, p. 152.

37 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *op. cit.*, p. 997.

38 Dentre as vantagens, cita-se como exemplo: menor custo, maior proximidade com as provas, construção de uma decisão a partir de uma autoridade nacional, etc.

39 Sobre os critérios adotados para averiguar a condição, desejo e inércia do Estado em investigar e processar casos da competência do TPI, ver o art. 17 do Estatuto de Roma.

cabendo ao TPI atuar subsidiariamente.⁴⁰

A competência do TPI também sofre uma limitação temporal, prescrita no art. 11 do Estatuto, de forma que a jurisdição da Corte só se aplica a fatos ocorridos após 1º de julho de 2002, data de sua entrada em vigor. Ressalte-se que se um Estado ratifica o Estatuto após essa data, em relação a ele o TPI só terá jurisdição para fatos ocorridos após a entrada em vigor do Estatuto no ordenamento jurídico interno do país, salvo se houver declaração aceitando sua aplicação retroativa.⁴¹

Essa limitação temporal não se confunde com o princípio da legalidade (*nullum crimen nulla poena sine lege*) previsto nos artigos 22 e 23 do Estatuto. Isso porque o TPI, diferentemente dos tribunais ad hoc e de Nuremberg e Tóquio, não pode julgar crimes que já foram praticados antes de sua tipificação no Estatuto.⁴²

Ademais, interessante observar que o TPI também é regido pelo princípio da imprescritibilidade, pelo qual os agentes que pratiquem crimes de sua competência não têm sua punibilidade prescrita com o decurso do tempo. Todavia, para a apreciação do caso, é necessário que o fato tenha ocorrido após a entrada em vigor do Estatuto de Roma.⁴³

Ainda, pelo princípio da irrelevância da função oficial qualquer indivíduo nacional de um Estado-membro, desde que maior de 18 anos, fica submetido ao TPI sem que incida qualquer privilégio ou imunidade a chefes de governo, parlamentares, militares e

40 INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Understanding the International Criminal Court.*, op cit. p. 4.; HOILE, David. *Justice Denied: the reality of the International Criminal Court.* Londres: The Africa Research Centre, p. 14. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, op. cit., p. 999.

41 SCHABAS, William A., op cit. p.69.

42 SCHABAS, William A., op cit. p.70,71.

43 LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo, op. cit., p. 192.

demais autoridades. Através desse princípio evita-se o uso da posição de autoridade para se furtar de responsabilização perante o TPI.⁴⁴

Por fim, e essencial ao funcionamento do Tribunal, há o princípio do dever de cooperação. Este visa garantir a efetividade do TPI, que como órgão judicial internacional precisa do apoio dos Estados para realizar suas funções em inquéritos e processos, podendo emitir pedidos de cooperação aos Estados para as finalidades que se fizerem necessárias.⁴⁵

Sobre a imprescindibilidade da cooperação dos Estados para a eficácia das decisões do TPI e de sua atividade, oportuno transcrever observação de Elio Cardoso:

[...] Os Estados têm o monopólio do uso da força dentro dos respectivos territórios nacionais. Contam com o poder de coerção dentro dos territórios e podem utilizar a sua força policial para produzir provas, realizar diligências, cumprir mandados de prisão e garantir a execução das penas que o TPI venha a cominar.⁴⁶

O TPI FACE À CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Desde a criação dos tribunais *ad hoc* para a Ex- Iugoslava e Ruanda o Brasil já havia registrado no CSNU, onde então exercia participação em assento rotativo, que era favorável à criação de um tribunal penal internacional permanente, independente e universal, a ser instituído por um tratado internacional. O país questionava a competência do CSNU para estabelecer aqueles

44 INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Understanding the International Criminal Court.*, op cit. p. 5.; PIOVESAN, Flávia Cristina, op. cit., p. 152.

45 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, op. cit., p. 1001.

46 CARDOSO, Elio, op. cit., p. 72.

tribunais *ad hoc*, e grifou que apenas votou favoravelmente em razão de circunstância excepcional, para evitar que as situações gravosas ocorridas ficassem impunes.⁴⁷

Destarte, o Brasil participou dos debates para a elaboração do Estatuto de Roma, apoiando o estabelecimento do TPI, sendo o 69º país a ratificar o Estatuto⁴⁸, cuja incorporação ao ordenamento brasileiro se deu através do Decreto nº 4.377 de 25 de setembro de 2002.

Antes da assinatura e ratificação do Estatuto pelo Brasil foi realizado um estudo quanto à sua compatibilidade com a Constituição Brasileira de 1988 (CRFB). De início arguiu-se que poderia haver uma inconstitucionalidade intrínseca no tratado em determinados pontos, visão posteriormente afastada, viabilizando a submissão do Brasil ao TPI. No intuito de evidenciar sua compatibilidade com a CRFB, serão apresentados agora os principais pontos

O autor utiliza como fundamento para sua posição o fato de que o Supremo Tribunal Federal (STF) já teria promovido a extradição de estrangeiros a países que adotavam a prisão perpétua⁵¹. Ocorre que, em seus posicionamentos mais recentes, o STF tem exigido como requisito da concessão da extradição a comutação da pena de prisão perpétua em privativa de liberdade até o prazo máximo permitido pela lei brasileira, isto é, 30 anos.⁵²

A posição do STF sobre o tema, porém, não pode ser analisada de forma decisiva para a constitucionalidade ou não do TPI, pois os casos examinados versam sobre pedidos de extradição e não de entrega, conforme preceitua o Estatuto de Roma (institutos estes distintos a serem abordados mais a

questionados sobre o Estatuto de Roma.

Antes da assinatura e ratificação do Estatuto pelo Brasil foi realizado um estudo quanto à sua compatibilidade com a Constituição Brasileira de 1988 (CRFB). De início arguiu-se que poderia haver uma inconstitucionalidade intrínseca no tratado em determinados pontos, visão posteriormente afastada, viabilizando a submissão do Brasil ao TPI. No intuito de evidenciar sua compatibilidade com a CRFB, serão apresentados agora os principais pontos questionados sobre o Estatuto de Roma.

No capítulo referente às penas, o Estatuto de Roma prevê em seu art. 77, §1º, "b" a possibilidade de condenação à pena de prisão perpétua, ao passo em que a CRFB em seu art. 5º, XLVII, "b" veda expressamente a adoção de penas de caráter perpétuo.

Ressalte-se que o próprio Estatuto de Roma prevê em seu art. 80 que as penas nele elencadas não afetam a aplicação daquelas previstas no ordenamento interno dos Estados nem a não aplicação daquelas que por ele forem vedadas. Significa que as penas previstas no Estatuto têm aplicabilidade restrita ao TPI, sem atingir a esfera judicial interna dos países⁴⁹. Sobre o tema, Mazzuoli afirma que:

A pena de prisão perpétua [...] não pode ser instituída dentro do Brasil, quer por meio de tratados internacionais, que mediante emendas constitucionais, por tratar-se de cláusula pétreia constitucional. Mas isso não obsta, de forma alguma, que a mesma pena possa ser instituída fora do país, em tribunal [...] de que o Brasil é parte e em relação ao qual deve obediência, em prol do bem estar da humanidade.⁵⁰

47 CARDOSO, Elio, *op. cit.*, p. 31, 125.; MAZZUOLI Valerio de Oliveira, *op. cit.*; p. 993.

48 INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **States Parties - Chronological List**. Disponível em < http://www.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/states%20parties%20_%20chronological%20list.aspx >. Acesso em 22/05/2015.

49 CARDOSO, Elio, *op. cit.*, p. 133.

50 MAZZUOLI, Valerio de Oliveria, *op. cit.*, p. 1019.

O autor utiliza como fundamento para sua posição o fato de que o Supremo Tribunal Federal (STF) já teria promovido a extradição de estrangeiros a países que adotavam a prisão perpétua.⁵¹ Ocorre que, em seus posicionamentos mais recentes, o STF tem exigido como requisito da concessão da extradição a comutação da pena de prisão perpétua em privativa de liberdade até o prazo máximo permitido pela lei brasileira, isto é, 30 anos.⁵²

A posição do STF sobre o tema, porém, não pode ser analisada de forma decisiva para a constitucionalidade ou não do TPI, pois os casos examinados versam sobre pedidos de extradição e não de entrega, conforme preceitua o Estatuto de Roma (institutos estes distintos a serem abordados mais a frente), inexistindo qualquer posicionamento do STF especificamente sobre esse tema.⁵³

Na verdade, a inclusão da pena de prisão perpétua visou um consenso durante a elaboração do Estatuto de Roma, pois alguns países insistiam na adoção da pena de morte, nos moldes do Tribunal de Nuremberg⁵⁴. Assim, primando pela conciliação, foi necessária a inserção da prisão perpétua em detrimento da pena de morte.⁵⁵

Logo, o TPI adotou a prisão perpétua como medida excepcional, a ser usada só quando a ilicitude do fato

ou condições do agente justificarem. Ademais, após o cumprimento de 25 anos de pena a mesma será revista, podendo ser reduzida⁵⁶.

Não obstante essa suposta violação à CRFB, o Estatuto de Roma foi ratificado pelo Brasil, sendo a EC nº 45/04 responsável pela inserção do §4º no artigo 5º da CRFB, segundo o qual “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”. Por isso, a constitucionalidade da previsão da prisão perpétua deve ser analisada de forma mais minuciosa, à luz dos princípios constitucionais.

O Brasil estabelece na CRFB, no capítulo referente aos “Princípios Fundamentais”, que um dos seus fundamentos é a dignidade da pessoa humana, e que em suas relações internacionais o país será regido, dentre outros, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos, conforme art. 1º, III e art. 4º, II, respectivamente.

Cumpre assinalar que há uma diferença entre princípios e regras, embora ambos sejam espécies de normas, sem qualquer relação de hierarquia⁵⁷. Na esteira da doutrina clássica, os princípios são normas de elevado nível de generalidade, e as regras são normas de generalidade mais restrita.⁵⁸

A colisão entre regras gera a invalidade ou afasta a aplicabilidade de uma delas, enquanto o conflito de princípios é resolvido pela ponderação, onde um dos princípios deve prevalecer.⁵⁹ Destarte, os princípios constitucionais, fundamentam e direcionam todas

51 *Ibidem*, p. 1018.

52 Ver: STF, Extr. 1151/Estados Unidos da América; Extr. 1234/ República Italiana; Extr. 1306/DF.

53 ARIFA, Bethânia Itagiba Aguiar. **Pena de caráter perpétuo, princípio da legalidade e exceção à coisa julgada: desafios para a jurisdição constitucional brasileira no cumprimento do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Brasília: Observatório da Jurisdição Constitucional, ano 5, 2011/2012, p. 9.

54 Para mais detalhes quanto à posição dos países em relação à adoção da prisão perpétua e da pena de morte, ver: SCHABAS, William A., *op. cit.*, p. 166,167.

55 CARDOSO, Elio, *op. cit.*, p. 133.; STEINER, Sylvia Helena F.

56 Ver art. 77,§1º,a c/c art. 110,§3º do Estatuto de Roma.

57 LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 145.

58 BONAVIDES, Paulo, *op. cit.*, p. 277.; LENZA, Pedro, *op. cit.*; p. 148.

59 BONAVIDES, Paulo, *op. cit.*, p. 282.

as demais normas do ordenamento jurídico, de forma que as regras devem ser interpretadas em consonância com os princípios.⁶⁰

Nesse raciocínio, a regra que veda a aplicação de penas de caráter perpétuo deve ser interpretada de acordo com o princípio da proteção aos direitos humanos, que também inclui a criação de um Tribunal Penal Internacional de direitos humanos.

Para a juíza brasileira em atividade no TPI, Sylvia Steiner, o Brasil não poderia exigir que o Tribunal Internacional citado no art. 7º do ADCT adotasse exatamente as mesmas normas de organização e funcionamento que os tribunais nacionais, citando ainda que pelo fenômeno da mutação constitucional pode haver uma modificação na interpretação das normas constitucionais, pois ao tempo da promulgação da CRFB o TPI ainda não havia sido criado.⁶¹

Por essa argumentação não haveria incompatibilidade entre o Estatuto de Roma e a CRFB em relação à pena de prisão perpétua. Todavia, outro fator que suscitou muita discussão em relação à constitucionalidade do Estatuto foi a entrega de nacionais ao TPI.

Pelo art. 89,§1º do Estatuto o TPI pode pedir a entrega de uma pessoa a qualquer Estado em que a mesma possa se encontrar, autorizando-se também que se solicite a cooperação do Estado em sua detenção e entrega. Já o art. 5º, LI/CRFB veda a extradição de brasileiro, o que, em primeiro momento, poderia representar uma incompatibilidade com as disposições do Estatuto de Roma.

60 BONAVIDES, Paulo, *op. cit.*, p. 292.; STEINER, Sylvia Helena Figueiredo. **O Tribunal Penal Internacional, a Pena de Prisão Perpétua e a Constituição Brasileira**. Disponível em < http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/dh/tpi/cartilha_tpi.htm>. Acesso em 23/05/2015.

61 STEINER, Sylvia Helena Figueiredo, *op. cit.*.

Grife-se que o próprio Estatuto se encarregou de diferenciar a “entrega” da “extradição”, conforme seu art. 102.⁶²

Assim, afirma-se que a CRFB apenas vedou a extradição de nacionais, e não a entrega, e nesse sentido dissertam os doutrinadores brasileiros que:

[...] a justiça estrangeira pode ser injusta e julgar o nacional de outro Estado sem imparcialidade, o que evidentemente não se aplica ao caso do TPI, cujos crimes já estão definidos no Estatuto de Roma, e cujas normas processuais são das mais avançadas do mundo no que tange às garantias da justiça e da imparcialidade do julgamento.⁶³

[...] Parece-me óbvia a distinção entre a entrega de um nacional a uma jurisdição internacional, da qual o Brasil faz parte, e a entrega de um nacional - esta sim proibida pela Constituição - a um tribunal estrangeiro, que exerce sua autoridade sob outro pavilhão que não o nosso, e não, portanto, a uma jurisdição de cuja construção participamos, e que é o produto da nossa vontade, conjugada com a de outras nações.⁶⁴

O próprio STF, ao analisar o pedido enviado pelo TPI de detenção e entrega de Omar Al-Bashir, registrou as diferenças entre a entrega e extradição: a extradição deve ter necessariamente um caráter intergovernamental, impedindo que terceiros sem natureza estatal a requeressem.⁶⁵

62 Art. 102: “Para os fins do presente Estatuto:a) Por “entrega”, entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal nos termos do presente Estatuto.;b) Por “extradição”, entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno.”

63 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *op. cit.*, p. 1016.

64 REZEK, Francisco, *op. cit.*.

65 BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Pet. 4625-1/República do Sudão, Relator Min. Ellen Gracie. Julgado em 17/07/2009.

Por tal motivo, seria inviável ao TPI formular um pedido de extradição ao Brasil, visto que o STF reconhece que são institutos distintos.

Destaque-se novamente que a jurisdição do TPI possui caráter complementar, de forma que a entrega de um nacional só ocorreria em caráter excepcional com vistas a proteger a dignidade humana através de julgamento do acusado em Tribunal para o qual o Brasil colaborou com a construção e estabelecimento.

Do exposto, observa-se que o Estatuto de Roma se revela constitucional, tendo sido ratificado e objeto de manifestação favorável do Ministério das Relações Exteriores (MRE) e de aprovação no Congresso Nacional. Todavia, por ser um instrumento recente, não há jurisprudência nacional que afirme com propriedade sua compatibilidade integral com a CRFB, restando uma presunção de acordo com os argumentos aqui colacionados.

CONCLUSÃO

A partir do estudo apresentado nota-se que o processo de criação do TPI remonta a uma necessidade histórica advinda de situações de graves violações aos direitos humanos, as quais chocaram o mundo e não podiam mais quedar impunes.

Nesse sentido, a transição de tribunais ad hoc para uma Corte universal, permanente, imparcial e independente representou uma grande inovação frente a qualquer outro intento anteriormente experimentado.

Destarte, constata-se que o TPI se consolidou como relevante mecanismo de direito penal internacional no combate à impunidade, e isso só foi possível dada a mobilização da comunidade internacional e reconhecimento da essencialidade dos direitos humanos como direitos inerentes a todo e qualquer ser humano.

Ainda, conforme as lições de Bobbio, segundo o qual “[...] o poder sem direito é cego, mas o direito sem poder é vazio.”⁶⁶, observa-se que o direito e suas instituições atuam como limitadores do poder que, se exercido de forma irrestrita, pode gerar situações de abuso e tirania, ao passo que o direito sem instrumentos de coerção também revela-se ineficaz ao que se propõe.

Por esse viés é possível concluir que o TPI compreende estas duas facetas: por um lado limita o poder, posto que o Estatuto de Roma determina as condutas criminosas que ensejam a atuação da Corte contra seus agentes causadores, vedando sua prática; por outro revela-se como mecanismo garantidor de eficácia dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, evitando a impunidade e dissuadindo a prática de ilícitos.

Assim, passados 18 anos do Estatuto de Roma, o TPI soma até a data corrente o julgamento de vinte e três casos e a condenação de quatro réus.⁶⁷ Obviamente que a atividade do TPI ainda necessita de aprimoramentos, principalmente no que tange à cooperação dos Estados com as investigações, ampliação de sua atuação - que hoje se concentra em violações ocorridas no continente africano-, e também quanto à busca pela ratificação do Estatuto por importantes atores globais, tais como Rússia e Estados Unidos. Apesar disso, é cristalino que os direitos humanos hoje estão mais resguardados do que acerca de vinte anos atrás e que, nesse contexto, o direito internacional passou a ter um instrumento essencial para sua eficácia.

66 BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. São Paulo: Campus, 2000, p. 240.

67 Dados referentes ao dia 21/10/2016. Mais detalhes ver: INTERNATINAL CRIMINAL COURT. **Home**. Disponível em < <https://www.icc-cpi.int/Pages/Home.aspx>>. Acesso em 21/10/2016.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando, SILVA, G.E do Nascimento, CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARIFA, Bethânia Itagiba Aguiar. **Pena de caráter perpétuo, princípio da legalidade e exceção à coisa julgada: desafios para a jurisdição constitucional brasileira no cumprimento do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Brasília: Observatório da Jurisdição Constitucional, ano 5, 2011/2012.

Audiovisual Library of International Law. **Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia**. Disponível em < <http://legal.un.org/avl/ha/icty/icty.html> > Acesso em 17/12/15.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**. São Paulo: Campus, 2000, p. 240.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

BRASIL. Decreto nº 30.822 de 6 de maio de 1952. Promulga a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, concluída em Paris, a 11 de dezembro de 1948, por ocasião da III Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas. **Diário Oficial da União**, Seção 1 de 09 de maio de 1952.

BRASIL. Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**, 9 de novembro de 1992.

BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 de setembro de 2002.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**, Extr. 1151/Estados Unidos da América.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**, Extr. 1234/ República Italiana.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**, Pet. 4625-1/República do Sudão, Relator Min. Ellen Gracie. Julgado em 17/07/2009.

CARDOSO, Elio. **Tribunal Penal Internacional: conceitos, realidades e implicações para o Brasil**. Brasília: FUNAG, 2012.

FEDERAL RESEARCH DIVISION - THE LIBRARY OF CONGRESS. **Nuremberg Trials**. Disponível em < http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/Nuremberg_trials.html >. Acesso em 20/05/2015.

GOBIERNO DE ESPAÑA - MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN. **Corte Penal Internacional**. Disponível em < <http://www.exteriores.gob.es/PQUESortal/es/PoliticaExteriorCooperacion/NacionesUnidas/Paginas/CortePenalInternacional.aspx> >. Acesso em 19/05/2015

HARVARD LAW SCHOOL LIBRARY. **Nuremberg Trials Project**. Disponível em < http://nuremberg.law.harvard.edu/php/docs_swi.php?DI=1&text=overview >. Acesso em 16/05/2015.

HOILE, David. **Justice Denied: the reality of the International Criminal Court**. Londres: The Africa Research Centre.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Understanding the International Criminal Court**. Disponível em < <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/UICCEng.pdf> > Acesso em 21/05/2015.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade**. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, vol. 16, nº 45, 2002.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Tribunal Penal Internacional**. Disponível em < http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=152:tribunal-penal-internacional&catid=83:chamada-2&lang=pt-BR&Itemid=435 >. Acesso em 21/05/2015

PIOVESAN, Flávia Cristina. **Direitos Humanos e a Jurisdição Constitucional Internacional**. Revista Brasileira de Direito Constitucional, nº1, 2003.

PIOVESAN, Flávia Cristina. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013, e-book,.

REZEK, Francisco. **Princípio da Complementariedade e Soberania**. Brasília: Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, nº11, 2000. Disponível em < <https://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/333/535> >. Acesso em 18/05/2015.

SCHABAS, William A.. **An Introduction to the International Criminal Court**. New York, Cambridge University Press, 2004.

STEINER, Sylvia Helena Figueiredo. **O Tribunal Penal Internacional, a Pena de Prisão Perpetua e a Constituição Brasileira**. Disponível em < http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/dh/tpi/cartilha_tpi.htm >. Acesso em 23/05/2015.