



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Constituição Federal e o Tribunal Penal Internacional

Sulamita de Sousa Mello Gohering

Rio de Janeiro
2010

SULAMITA DE SOUSA MELLO GOHERING

A Constituição Federal e o Tribunal Penal Internacional

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof.^a Mônica Areal
Prof.^a Néli Fetzner
Prof.^a Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2010

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Sulamita de Sousa Mello Gohering

Graduada pela Faculdade de Direito Estácio de Sá. Advogada.

Resumo: Este artigo apresenta como objeto de estudo o Tribunal Penal Internacional e a sua compatibilidade com a Constituição Brasileira. Identifica as principais características do Tribunal; apresenta a discussão acerca do *status* dos tratados internacionais no ordenamento jurídico interno; e investiga possíveis incompatibilidades entre o texto constitucional brasileiro e o Estatuto de Roma. Considerando que em um mundo em que guerras são frequentes, pessoas deverão ser responsabilizadas pelos crimes que cometem em países que não sejam o de sua origem. Pode-se concluir que foi correta a ratificação do Brasil ao Estatuto de Roma que instituiu o Tribunal Penal Internacional.

Palavras-chave: Direito Constitucional, Constituição, Tratados Internacionais, Ratificação.

Sumário: Introdução. 1. O Tribunal Penal Internacional e seus Principais Aspectos. 2. O Estatuto de Roma e a Constituição Federal Brasileira. 3. *Status* de Tratados Internacionais Incorporados ao Direito Interno. 4. Possíveis Conflitos entre a Constituição Brasileira e o Estatuto de Roma. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho destina-se a um estudo acerca do Tribunal Penal Internacional, com maior ênfase na análise das possíveis incompatibilidades com a Constituição de 1988 e o Estatuto de Roma de 1998, instrumento regente do referido Tribunal.

Justifica-se esse estudo por sua atualidade e importância, considerando que em um mundo onde guerras são frequentes, pessoas deverão ser responsabilizadas por tantos

crimes contra a humanidade, surgindo, assim, o ideal desses tribunais, com a Conferência de Roma no ano de 1998, culminando na criação do Tribunal Penal Internacional. De fato, sua meta principal é a de punir esses indivíduos que desrespeitam os direitos humanos, e fazer com que a própria existência da Corte possa a vir inibir ações criminosas ao redor do mundo.

Considerando-se que até o presente momento não existe nenhum mecanismo eficaz que faça com que se cumpram as leis internacionais, nem tampouco, a punição real desses indivíduos infratores, a existência dos Tribunais é uma ótima forma de coibir para o respeito e efetivação ao princípio da dignidade da pessoa humana, já que a esses Tribunais Internacionais cumpre o dever de resgatá-lo e aplicá-lo.

Serão abordadas nesse estudo, as principais características desse Tribunal, com enfoque à questão constitucional, analisando-se os princípios e regras constitucionais que tenham ligação com o Estatuto de Roma.

Pretende-se, ainda, enfrentar questões de possíveis incompatibilidades entre o texto constitucional brasileiro e o Estatuto de Roma, demonstrando-se as razões e fundamentos em relação a elas.

A metodologia a ser adotada é a pesquisa bibliográfica e pesquisas on-line, com consulta à doutrina, legislação e jurisprudência. Será também uma pesquisa descritiva, tendo em vista os objetivos do presente artigo relacionados à análise das incompatibilidades da Constituição Federal e o Estatuto de Roma.

Ao longo do artigo serão analisados os seguintes tópicos: Carta de Roma como tratado internacional de direitos humanos e seu *status* no direito interno; a Carta de Roma e a Constituição Federal Brasileira, a ratificação sem reservas e a soberania nacional e, por fim, a

contribuição do Tribunal Penal Internacional para a eficácia da proteção dos direitos humanos e do direito internacional humanitário.

1. O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E SEUS PRINCIPAIS ASPECTOS

Segundo informações do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, as agressões e atrocidades cometidas durante a II Guerra Mundial incitaram de maneira decisiva a intolerância por partes das Nações Unidas em relação aos crimes cometidos pelos países envolvidos no conflito. Na época já existia uma Corte Internacional de Justiça, situada em Haia, Holanda, que perdura até os dias atuais, porém sem competência e jurisdição para proceder ao julgamento de indivíduos, limitando-se à resolução de conflitos e consequente punição aos Estados que admitem sua competência.

Após a guerra, foram designados comitês pela Organização das Nações Unidas com o intuito de que fosse elaborado um Código contendo o que se passaria a considerar delitos contra a paz e a segurança da humanidade e com o objetivo de se criar uma Corte Internacional de Justiça em caráter permanente com competência para julgar indivíduos; porém, durante anos esse processo ficou estagnado em razão de divergências entre delegações da ONU, permitindo que agressões armadas injustas e crimes contra a humanidade continuassem a ser cometidos sem que seus responsáveis fossem punidos.

Em 1991, um violento conflito étnico eclodiu na ex-Iugoslávia e grandes massacres foram cometidos contra inocentes, isso fez com que a opinião pública se chocasse e se indignasse encorajando novamente o Conselho de Segurança da ONU a agir rapidamente com o intuito de restabelecer a paz. De acordo com o Comitê Internacional da

Cruz Vermelha, com base nesses incidentes, o Conselho criou o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, que em 1994, apesar de dificuldades de financiamento e de organização, começou a funcionar composto por juízes de diferentes nacionalidades. Foi a primeira Corte desta natureza a executar seus próprios trabalhos desde a Corte estabelecida em Nuremberg.

Mais tarde, em 1994, o mundo assistiria a um genocídio sem precedentes em Ruanda. Da mesma forma o Conselho de Segurança da ONU interveio, criando uma segunda Corte de Justiça, o Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Apesar dos problemas enfrentados por ambos, esses Tribunais foram a ilustração do progresso a favor do desenvolvimento da paz e do respeito ao direito internacional. O problema é que suas competências estavam circunscritas ao julgamento de determinados crimes cometidos em um determinado território e também dentro de um lapso de tempo determinado.

Ficava cada vez mais clara a necessidade da criação de uma Corte permanente, pronta para atuar a qualquer tempo e em quaisquer circunstâncias dentro de sua jurisdição, porque apesar de haverem tratados, leis, convenções e, até códigos que proibam os crimes de guerra, os crimes contra a humanidade e, principalmente, o genocídio, o que se verifica é a falta de um sistema eficaz que aplique essas normas e faça com que os indivíduos que as desrespeitem sejam realmente punidos.

Segundo LEWANDOWSKI (2002), dentro desse contexto que o Tribunal Penal Internacional foi criado em 17 de julho de 1998, após a realização de uma conferência mundial na cidade de Roma, Itália. Lá, 160 países decidiram pelo estabelecimento de uma Corte Criminal de âmbito internacional e permanente com o objetivo de julgar indivíduos responsáveis por crimes considerados graves em nível mundial, como o genocídio, os crimes de guerra, crimes de agressão entre outros.

Entretanto, a decisão não foi unânime, 120 votos a favor, 21 abstenções e 7 votos contra, incluindo entre estes o voto de países de grande expressão política, como os Estados Unidos, China, Israel, Rússia e Índia. Mesmo assim, com a grande maioria de votos a favor, o Estatuto do Tribunal foi aprovado, dependendo de 60 ratificações posteriores para que entrasse em funcionamento no primeiro dia do mês seguinte a um lapso temporal de 60 dias após a data do depósito do sexagésimo instrumento de ratificação junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas, como prevê o art. 126 do Estatuto de Roma.

O Tribunal Penal Internacional se diferencia dos tribunais criados para a ex- Iugoslávia e para Ruanda em vários aspectos. Estes dois não possuíam caráter permanente, sendo, portanto tribunais de exceção ou de juízo *ad hoc*, criados para uma tarefa específica. Suas jurisdições eram limitadas ao tempo e aos territórios em questão, sem o propósito de abordarem violações que ocorressem em outras partes do mundo ou em outros tempos.

A Corte Penal Internacional é permanente, com sede estabelecida em Haia, e não conta com restrições territoriais ou temporais. Nem mesmo os crimes previstos em sua legislação são passíveis de prescrição. Tem capacidade para atuar de maneira mais rápida e eficaz que um Tribunal *ad hoc*. A ideia central é que a própria existência do Tribunal seja um fator que repudie a ação de criminosos que quase sempre não são submetidos a nenhum tipo de punição devido aos altos cargos políticos e militares que ocupam em seus países.

Esta Corte é dotada de uma jurisdição internacional e não estrangeira, da qual todo Estado-Parte é titular. Admitindo sua jurisdição, nenhum país estará sacrificando sua soberania nacional, mas sim complementando esforços para que seja efetivada a preservação e respeito aos direitos humanos consagrados mundialmente, pois, segundo consta do próprio preâmbulo do Estatuto de Roma, promulgado no Brasil pelo Decreto nº 4.388/02, o Tribunal

Penal Internacional será complementar das jurisdições penais nacionais. Por isso, talvez o aspecto mais importante a ser observado no Tribunal seja esse caráter de jurisdição complementar, conforme dispõe o artigo 1º do Estatuto de Roma. A Corte Penal Internacional não viola a jurisdição das cortes nacionais, e estas continuam a ter prioridade nos processos de investigação e julgamento dos crimes sob sua jurisdição. O Tribunal Penal Internacional só atuará quando as cortes nacionais não forem capazes de exercer esta jurisdição, ou se mostrarem desinteressadas ou precárias em fazê-lo.

Para tanto o Tribunal verificará se o processo foi instaurado ou está pendente, verificando se a decisão do Estado em questão foi com o propósito de excluir a responsabilidade penal do indivíduo por crimes de competência do Tribunal. A Corte apreciará também se houve demora injustificada no processo, se este não foi ou não está sendo conduzido de maneira imparcial como deve ser.

Acima de tudo, a fim de determinar a admissibilidade de um caso, o Tribunal verificará se o Estado, por colapso total ou substancial da respectiva administração nacional da Justiça ou indisponibilidade desta, não está em condições de fazer comparecer em juízo o acusado, de reunir os meios de prova e depoimentos necessários, ou não está, por outros motivos, em condições de concluir o processo.

É importante ressaltar que, para que o Tribunal possa exercer sua jurisdição, é necessário que o Estado consinta em ser parte do Estatuto, ratificando-o. O artigo 12 do Estatuto de Roma, em seu parágrafo 1º, estabelece as condições prévias para exercício da jurisdição da Corte. Segundo o artigo, “o Estado que se tornar parte no presente Estatuto aceita, por esse ato, a jurisdição do Tribunal sobre os crimes a que se refere o artigo 5º”.

É dessa forma e a partir desse entendimento que o Brasil poderá proceder à

ratificação do Estatuto de Roma sem reservas, como prevê seu próprio texto. A relação entre a Corte e o Estado-Parte deverá ser de cooperação total, e não parcial, para que seus objetivos possam ser realmente atingidos.

A impossibilidade da ratificação com reservas, como desejam alguns juristas e estudiosos do assunto como Luiz Vicente Cernicchiaro e Cezar Roberto Bitencourt, está gerando controvérsias acerca do assunto entre diversos seguimentos jurídicos e políticos do país. Estas controvérsias giram principalmente em torno de dois pontos presentes no Estatuto de Roma: a questão da entrega de nacionais à Corte, como prevê seu artigo 89, decorrente da cooperação que deve haver entre esta e os Estados que aceitarem sua jurisdição e a questão da aplicação da pena de prisão perpétua, que será analisada de maneira mais detalhada no presente estudo.

Quanto à questão da entrega de nacionais à Corte, a controvérsia se baseia, a princípio, no fato de se saber até que ponto essa “entrega” seria apenas uma denominação dada como meio de se camuflar uma verdadeira extradição, constitucionalmente proibida pelo ordenamento jurídico brasileiro no artigo 5º, inciso LI, da Constituição Federal de 1988, que dispõe que nenhum brasileiro será extraditado, salvo naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes de naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei. Porém esse entrave já se encontra doutrinariamente superado, uma vez discutido e aceito que entrega e extradição são dois institutos completamente distintos.

Conforme afirma ACCIOLY (1970), a extradição caracteriza-se como o ato pelo qual um Estado entrega uma pessoa, acusada de um crime ou já condenada, à justiça de outro, que o reclama, e que é competente para processá-lo e impor uma sanção. Ou seja, é a entrega de um indivíduo por um Estado para a justiça de outro Estado. Já a entrega consiste na

disponibilidade de um indivíduo por um Estado a uma Corte, independente, imparcial e com jurisdição internacional, para que lá seja processado e julgado.

O Brasil, mesmo diante das aparentes incompatibilidades constitucionais constantes do Estatuto de Roma, tornou-se o nonagésimo quarto signatário do Estatuto, o que significa dizer que o país está de acordo com o texto final, e dispõe-se a submetê-lo a procedimentos internos que tenham por objetivo a cooperação do Brasil como Estado-Parte do Tribunal de Haia.

Contudo, será necessário vencer barreiras para que se chegue à conclusão de que o Estatuto de Roma não apresenta entraves à Constituição Federal Brasileira, quanto à aplicação da pena de prisão perpétua; ressalte-se, excepcionalmente pela Corte.

2. O ESTATUTO DE ROMA E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

A Constituição Federal de 1988 é passível de reformas e mudanças através de seu poder constituinte derivado que emana do próprio poder constituinte originário. Também denominado pela doutrina de poder reformador, ele tem o escopo de adaptar a norma constitucional às questões reais que surgem e se modificam ao longo dos tempos, fazendo com que a Constituição não se torne um livro eterno, imutável de normas ultrapassadas. O principal objetivo do poder reformador a que pode ser submetida a Constituição Federal Brasileira é a adaptação da Carta Magna às reformas sociais e temporais que ocorrem a todo momento.

Porém esse poder não é, de maneira alguma, ilimitado. Exercido através de emendas à Constituição, previstas no artigo 59, I da Constituição da República, ele deve

obedecer alguns requisitos estabelecidos pela própria Constituição Federal em seu artigo 60. Esse artigo estabelece que a Constituição poderá ser emendada mediante proposta de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; o Presidente da República; e mais da metade das Assembléias legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

Em seu primeiro parágrafo, declara que a Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. Além disso, a proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

Ainda, a emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. Sendo certo que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes; os direitos e garantias individuais.

Por último, a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Como se viu, a possibilidade de emenda à Constituição de 1988 sofre limitações procedimentais, materiais e circunstanciais. Porém, é preciso ater-se às limitações impostas quanto às denominadas cláusulas pétreas. Previstas legalmente no texto constitucional, mais precisamente nos quatro incisos do parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição, essas cláusulas são imutáveis, eternas, intocáveis, não podendo de forma alguma ser objeto de emenda.

A intenção do legislador foi de que fosse mantida a forma de Governo, a unidade

federativa do Estado, os direitos e garantias do cidadão, o poder emanado do povo e os princípios básicos de um Estado livre adotados pelo Brasil. A realidade do país clama por estas questões depois de tantos e tantos anos de ditadura, falta de liberdade e desrespeito aos direitos humanos e políticos enfrentados pela população brasileira.

Inserido entre as cláusulas pétreas está o artigo 5º da Constituição que trata dos direitos e garantias fundamentais do cidadão brasileiro. Estabelece tal artigo a igualdade perante a lei, sem distinção de credo, cor ou religião a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país. Em seguida, enumera tais direitos e igualdades em seus setenta e sete incisos. Dentre estes, encontra-se o inciso XLVII, alínea 'b', que representa importância para o presente estudo, preceituando que no Brasil não haverá pena de caráter perpétuo.

Ao contrário do que ocorre em vários países desenvolvidos historicamente, juridicamente e politicamente, como os Estados Unidos, o Brasil optou por penas mais humanitárias, repelindo de forma definitiva do ordenamento jurídico brasileiro as penas de prisão perpétua e as penas de morte, com exceção do caso previsto no artigo 5º, inciso XLVII, alínea 'a', da CRFB que diz que não haverá penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX da CRFB. Defendida por muitos, é apontada como uma das soluções contra a criminalidade crescente no país e como meio eficaz de fazer com que um indivíduo pague de forma justa por seus crimes. Porém, muitos doutrinadores constitucionais e penais tratam tal pena como um absurdo repellido pela Constituição, chegando mesmo a afirmar que a prisão perpétua resulta em ociosidade e constitui em violação dos modernos princípios do direito penal, dentre os quais o princípio humanitário e o princípio do interesse público.

Contudo, o objetivo deste estudo não é a defesa de tal pena dentro do sistema penitenciário brasileiro, que, diga-se de passagem, carece de estrutura em todos os aspectos

para que se pudesse ao menos cogitar tal possibilidade, e também não tem por objetivo estudar um meio eficaz que faça com que esse tipo de pena possa ser inserido e aplicado no ordenamento jurídico do país. Não se colocará em discussão a eficácia ou não da pena de caráter perpétuo nos limites do território brasileiro, mas sim os efeitos de sua aplicação pelo Tribunal Penal Internacional, diante da ratificação do Brasil ao Estatuto de Roma, uma vez que este, em seu artigo 77, alínea 'b', prevê a aplicação da pena em questão. Diz a primeira parte de tal artigo que o Tribunal Penal Internacional poderá, observado o disposto no artigo 110, aplicar pena de prisão perpétua, quando justificada pela extrema gravidade do crime e pelas circunstâncias pessoais do condenado, ao réu culpado por um dos crimes previstos no artigo 5º do Estatuto.

A questão no âmbito constitucional é polêmica e gera grandes divergências entre doutrinadores e estudiosos do assunto. Muitos, apesar de assumirem a enorme importância da criação do Tribunal Penal Internacional, acreditam que a ratificação do Brasil, sem reservas, como determina o artigo 120 do Estatuto de Roma aprovado em 1998, seria uma afronta à lei maior do país, eivado de vícios e inconstitucionalidade, representando também um retrocesso no direito humanitário e penal brasileiro, apoiando a aplicação de penas abolidas e rejeitadas pela lei do país.

CERNICCHIARO (1999) chega mesmo a afirmar que, todavia, por norma submissa à Constituição, ao aceitar o Estatuto, o Brasil, sem dúvida, por via oblíqua, estará renunciando à própria soberania. Afirma o doutrinador que, se por razões de política internacional, o Brasil subscrever sem reservas esse Estatuto estará afrontando a nossa Constituição, estará, no caminho da humanidade, contribuindo para um retrocesso, quando todo o nosso compromisso de um Estado democrático de Direito é aperfeiçoar as instituições políticas e não contemporizar, tolerar, por razões meramente políticas, que isso aconteça.

BITENCOURT (2000) sustenta que a pena de prisão perpétua não recebe a mesma ressalva conferida à pena de morte no artigo 5º, XLVII, 'a', da Constituição Federal, razão pela qual não pode ser instituída no Brasil, quer por tratados internacionais, quer por emendas constitucionais.

Os argumentos contra a ratificação do país ao Estatuto de Roma se baseiam em quase sua totalidade na inconstitucionalidade do mesmo devido à aplicação da pena perpétua pela Corte e consequente vedação constitucional. Porém, para que se prove a constitucionalidade do referido Estatuto é preciso ter em mente que a criação desse Tribunal se deu com efetivo apoio nos direitos humanos e com a ativa participação de países interessados, inclusive o Brasil.

O país, através de seu corpo diplomático, sempre esteve presente diante das iniciativas de criação de um Tribunal Penal Internacional permanente. Quando o Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas procedeu à criação dos tribunais penais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia, em 1993 e para Ruanda, em 1994, o Brasil, como integrante do Conselho, votou a favor da criação dos mesmos considerando a necessidade de serem punidas as atrocidades que foram e continuavam a ser cometidas naqueles países. O país demonstrou ainda a intenção de participar de trabalhos direcionados à criação de um Tribunal de caráter permanente, enfatizando a importância deste no contexto da justiça internacional.

Anos antes de 1998, quando, em Roma, foi definitivamente elaborado o Estatuto que regeria a Corte Criminal de Haia, o Brasil já participava das chamadas Comissões Preparatórias para Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional – PrepCom. Nessas Comissões, a delegação brasileira buscou colocar em pauta a necessidade de que o futuro estatuto do Tribunal tivesse a mais ampla aceitação possível entre os países aderentes. O Brasil foi um dos países que enfatizaram a importância e necessidade de que o Tribunal

tivesse independência garantida diante do Conselho de Segurança das Nações Unidas, uma vez que os esforços seriam em vão se as investigações e processos do Tribunal pudessem ser paralisados por veto de qualquer um dos membros permanentes daquele Conselho.

Diante disto, vê-se que o Brasil sempre esteve ciente das negociações até a consequente criação e aprovação do Estatuto. Porém este, não podendo agradar a todos, apresenta, aos olhos de muitos e somente à primeira vista para outros, incompatibilidades com Constituição Brasileira. Questões de ordem muito mais burocrática, teórica e conservadora do que legal. Talvez as vozes que primam pela inconstitucionalidade da ratificação sem reservas, tenham se esquecido de que a mesma Constituição que eles tanto temem que seja “afrentada” pelo Estatuto de Roma, prima primeiramente pela dignidade da pessoa humana, respeitando sempre, em primeiro lugar, os direitos humanos. O artigo 1º, III, da Carta Magna dispõe claramente que a República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana, bem como o artigo 4º, inciso II preceitua que um dos princípios que rege a República Federativa do Brasil nas suas relações internacionais é a prevalência dos direitos humanos.

A Constituição prevê ainda, nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, no artigo 7º, que o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos. O Tribunal de Haia nada mais é do que uma corte que tem por principal objetivo a proteção dos direitos humanos do homem e do cidadão em caráter permanente e em nível mundial.

Como se vê, não se pode aceitar que questões de cunho meramente teóricos afastem o país de tão importante passo rumo a uma caminhada longa, porém não menos destinada ao sucesso, que conduza a uma justiça internacional eficaz.

É necessário ter-se em mente a importância do Tribunal Penal Internacional e da ratificação do Brasil ao Estatuto de Roma, que contém os elementos necessários ao estabelecimento de uma Corte que seja acima de tudo eficiente, imparcial e independente.

3. *STATUS* DE TRATADOS INTERNACIONAIS INCORPORADOS AO DIREITO INTERNO

A Convenção de Viena trata do direito dos tratados, e em seu artigo 2º, 1, 'a', ao conceituar a essa importante fonte do Direito Internacional Público, dispõe ser acordo internacional celebrado por escrito entre Estados regidos pelo direito internacional, em um ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação.

Assim, após cumpridas as etapas de formação do tratado e tendo ingressado validamente no ordenamento jurídico brasileiro com sua promulgação -, cumpre analisar como será ele recepcionado no direito interno.

Essa questão é importante, já que, uma vez incorporado ao ordenamento jurídico, existe a possibilidade do tratado conflitar com alguma norma inscrita na legislação interna.

A discussão acerca do *status* com que os tratados são incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro implica no exame da posição hierárquica de normas de direito internacional em face da Constituição. Sendo assim, tal debate é de grande utilidade para a guarda da supremacia da Constituição Brasileira.

Apesar de haver entendimentos divergentes, a posição majoritária na doutrina e na jurisprudência é a de que os tratados, quando incorporados ao ordenamento jurídico interno, gozam de força de lei ordinária.

No entanto, a divergência aumenta quando se trata da posição hierárquica dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos. Isso porque, a Constituição Brasileira, em seu artigo 5º, § 2º, dispõe que os direitos e garantias constitucionais não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

Com a redação conferida pela Emenda Constitucional nº 45, foi inscrito na referida Carta, em seu artigo 5º, § 3º, que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Isso aumentou ainda mais a discussão e divergência acerca do *status* em que os tratados acerca dos direitos humanos têm no ordenamento interno.

Alguns entendem que, mesmo quando versando sobre direitos humanos, os tratados devem ser recepcionados como lei ordinária, outros entendem pela natureza supraconstitucional, constitucional ou supralegal dos tratados que tratam de direitos humanos.

Dentre os que defendem que esses tratados gozam de supraconstitucionalidade está MELLO (2007) para quem a Constituição não pode revogar uma norma internacional. No entanto, esse entendimento viola a supremacia da Constituição, não permitindo que tais regras sofram controle de constitucionalidade, uma vez que a Constituição estaria em posição hierárquica inferior à norma prevista no tratado, o que ameaçaria até mesmo o Estado Democrático de Direito.

Com outro entendimento acerca do assunto, alguns doutrinadores como Flavia Piovesan dizem que, quando a Constituição Federal, em seu artigo 5º, § 1º, dispõe acerca da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias

fundamentais, demonstra que os tratados sobre direitos humanos guardam especialidade em relação aos demais instrumentos de direito internacional, o que justificaria terem *status* de norma constitucional.

Sustentam que a Constituição de 1988 dá prioridade à tutela dos direitos fundamentais, razão pela qual os tratados internacionais sobre tais temas devem gozar de hierarquia constitucional.

Defendendo a terceira corrente, da supralegalidade, alguns doutrinadores entendem que há de se considerar a relevância das matérias passíveis de serem qualificadas como direitos humanos, já que é inegável a especialidade de que tais preceitos gozam em relação aos demais direitos de que dispõe o ordenamento jurídico.

Essa última corrente é no sentido de que colocar as normas sobre direitos humanos no mesmo patamar daquelas que versam sobre matérias sem tanta relevância, implicaria admitir que não haveria nenhum óbice a que uma lei ordinária posterior pudesse revogar norma de natureza fundamental prevista em tratado internacional.

Afirmam que, o fato do tratado ser recepcionado com *status* infraconstitucional não quer dizer que deve lhes ser atribuído *status* de lei ordinária.

A posição que sempre foi predominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal era a de que os tratados sobre direitos humanos, da mesma forma que todos os outros tratados internacionais, deveriam ser recepcionados no ordenamento jurídico brasileiro com *status* de lei ordinária.

No entanto, mais recentemente, à luz do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, no RE 466.343, assumem expressão aqueles que, não obstante entendam pela infraconstitucionalidade dos tratados internacionais, sustentam sua supralegalidade.

Essa corrente, além de prestigiar a especialidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos, não acarreta os riscos à segurança do ordenamento que a atribuição de *status* constitucional ou supraconstitucional implicariam, uma vez que mantém os pactos internacionais sujeitos ao controle de constitucionalidade.

No mencionado recurso, acerca da constitucionalidade da prisão civil por dívida, pontuou o referido Ministro que, apesar do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição autorizar a prisão civil do depositário infiel, ela não deve ser aplicada. Isso porque o Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, no art. 7º, item 7, veda a prisão decorrente de dívidas, e, em se tratando de norma internacional sobre direitos humanos, sua natureza supralegal afastaria a aplicação do regramento infraconstitucional acerca do aludido dispositivo da Carta Magna, que restaria, portanto, inaplicável, já que não haveria no ordenamento jurídico brasileiro nenhuma lei aplicável regulamentando a prisão civil por dívida.

Ou seja, tendo natureza supralegal, a despeito de o Pacto de São José da Costa Rica não ter força para revogar disposições da Constituição Federal, é suficiente para afastar a aplicação da normatização infraconstitucional que disciplina a Constituição.

Essa corrente sustenta que a internalização dos tratados de direitos humanos, colocando-os acima da legislação ordinária, mas abaixo da Constituição Federal, atende ao princípio da proporcionalidade, que impede o tratamento de pactos estritamente comerciais da mesma forma que aqueles que se destinam a ampliar a esfera de direitos fundamentais das pessoas.

4. POSSÍVEIS CONFLITOS ENTRE A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E O ESTATUTO DE ROMA

A Emenda Constitucional nº 45 de 2004 acrescentou os parágrafos 3º e 4º ao artigo 5º da Constituição da República. O parágrafo 3º dispõe que O Brasil se submeterá à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. O texto justifica-se pela relevante importância do Tribunal e também pela inexistência de incompatibilidades do Estatuto com a Constituição Federal Brasileira, como insistem em afirmar alguns juristas. Especificamente quanto à aplicação da pena de prisão perpétua, o Deputado Nilmário Miranda explica-se de forma breve, afirmando que a disposição constitucional diz respeito ao direito interno brasileiro e o que está no Estatuto é pertinente ao sistema da jurisdição internacional penal. Ou seja, uma outra lógica de sistema jurídico.

É o que realmente ocorre. A jurisdição do Tribunal Penal Internacional é internacional, não dizendo respeito ao direito interno do Brasil ou de qualquer outro país que venha a ratificar o Estatuto. Em nenhum momento cogitou-se a idéia de inserir a pena de caráter perpétuo no ordenamento jurídico brasileiro para que o sistema penal de nosso país fosse compatível com o sistema adotado pelo Estatuto de Roma. Esta pena foi inserida no texto que rege o Tribunal como meio de que fosse possível agradar ao mesmo tempo países com diferentes sistemas penais. Muitos defenderam até mesmo a aplicação da pena de morte pela Corte, o que foi interinamente vetado, uma vez que adotando tal pena o Tribunal estaria contrariando seus próprios fundamentos.

O que está sendo questionado é a aceitação pela lei brasileira da existência de uma justiça internacional eficaz e concreta, desvinculando-se desta forma de questões de conteúdo

teórico, uma vez que não se pretende que seja travada uma guerra entre a justiça interna do país e a jurisdição do Tribunal Penal de Haia.

Importante ressaltar que a Constituição de 1988 rege-se por princípios estabelecidos em seus artigos 1º a 4º. O art. 1º preceitua de forma clara que a República Federativa do Brasil tem como fundamento, entre outros, a dignidade da pessoa humana. O art. 3º fala do papel do país em promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, e por último o art. 4º preceitua a prevalência dos direitos humanos e a defesa da paz como princípio das relações internacionais mantidas pelo país.

O Tribunal Penal Internacional nada mais é do que um Tribunal de defesa dos direitos humanos, da dignidade da pessoa humana e da paz. Direitos e dignidade que são desrespeitados inúmeras vezes de forma atroz e injusta. Como o que ocorreu na ex-Iugoslávia, quando o ditador Slobodan Milosevic, com o intuito de estabelecer uma “Grande Sérvia”, massacrou croatas e muçulmanos que viviam naquele território. Tudo em nome de um grande sentimento etnocêntrico e racista.

O Tribunal de Haia simplesmente rege-se e existe devido basicamente aos mesmos princípios estabelecidos em nossa Constituição. Desta forma foi perfeitamente possível a aceitação e ratificação do país ao Estatuto do Tribunal. Caso não o fizesse estaria negando a própria Carta Magna, que propugnou pela criação de um tribunal internacional de defesa dos direitos humanos, nos termos do artigo 7º, ADCT.

A norma constitucional impõe a proibição da aplicação da pena de prisão perpétua, porém seus princípios propugnam pela preservação dos direitos humanos, fundamento principal do Tribunal Penal Internacional. TEMER (1999), citando ensinamento do ilustre

jurista Celso Antônio Bandeira de Melo diz que os princípios são mais do que normas servindo como instrumentos para soluções interpretativas. Os princípios sempre prevalecem sobre as normas. A criação de um Tribunal Penal Internacional de direitos humanos é princípio expresso em nossa Constituição. Assim, regras específicas contidas no texto constitucional devem ser interpretadas de molde a se conformar com o princípio de que decorrem. Não o inverso: não se pode privilegiar a regra, em detrimento do princípio.

O Estatuto de Roma foi elaborado somente cerca de dez anos depois da promulgação da Constituição atual. Não poderia desta forma o legislador ter previsto norma específica acerca de aceitação ou não do país a uma jurisdição como esta. Porém, como foi dito, o legislador não deixou de conferir incomensurável importância aos direitos humanos e fazer referência ao apoio que deve ser dado pelo Brasil diante de uma possível e futura criação de um tribunal como o Tribunal de Haia. A proibição da aplicação da pena de prisão perpétua declarada na Constituição diz respeito apenas e tão somente ao legislador interno, não atingindo os legisladores internacionais.

Esse entendimento encontra respaldo definitivo nos próprios julgamentos do Supremo Tribunal Federal, a Corte máxima do país. Mesmo na vigência da atual Constituição, o STF ordenou extradições para países que adotam a pena de prisão perpétua, não exigindo para tanto a conversão desta pena em outra. Entende também o Supremo ser esta lei dirigida somente ao legislador interno, não podendo o Brasil querer impor o mesmo regime de penas a outros países. É o que diz o informativo 246 do Supremo Tribunal Federal, sobre processo de extradição no sentido de não se exigir do Estado requerente, para o deferimento da extradição, compromisso de comutação da pena de prisão perpétua aplicável ou aplicada ao extraditando na pena máxima de trinta anos. Vencidos os Ministros Maurício Corrêa, relator, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira e Marco Aurélio, que

condicionavam a entrega do extraditando à prévia formalização, pelo Estado requerente, do compromisso de converter, em pena de prisão temporária, a pena de prisão perpétua impositiva ao extraditando. Precedentes citados: EXT 426 (RTJ 115/969); EXT 773, (DJU de 28.04.2000). Extradução 793- França, rel. Min. Maurício Corrêa, 17.10.2001. (EXT- 793).

Como precedentes desta eminente decisão encontra-se, como foi citado no informativo acima transcrito, o processo de extradição nº 426, onde o Supremo deferiu extradição de estrangeiro a Estado requerente que aplicaria, sem condições, a pena de prisão perpétua. O processo não se desenvolveu sob vigência da atual Constituição, mas sim da anterior, a Constituição de 1967. Esta também previa, em um dos incisos de seu art. 153, a proibição da aplicação da pena de caráter perpétuo no Brasil. O então Ministro Francisco Resek, em seu voto, afirmou que no que concerne ao parágrafo 11 do rol constitucional de garantias ele estabelece um padrão processual no que se refere a este país, no âmbito especial da jurisdição desta República. A lei extradicionária brasileira, em absoluto, não faz outra restrição salvo aquela que tange à pena de morte. O que a Procuradoria Geral da República propõe é uma extensão transnacional do princípio inscrito no parágrafo 11 do rol de garantias.

O Ministro Sidney Sanches afirmou ainda, no mesmo julgamento, que a referida lei constitucional, que impedia a pena perpétua no Brasil, visou impedir sua aplicação apenas no tocante aos brasileiros que tenham que ser julgados no Brasil, não devendo a lei brasileira pretender a eficácia de sua proibição fora dos limites territoriais do país.

É também o entendimento do autor constitucional MORAES (2004), que sobre o assunto diz que a legislação brasileira exige para a concessão da extradição, a comutação da pena de morte, ressalvados os casos em que a lei brasileira permite sua aplicação, em pena privativa de liberdade. Em relação à pena de prisão perpétua, porém, reiterada jurisprudência da Corte Suprema entende ser desnecessária sua comutação em pena privativa de liberdade

com prazo máximo de cumprimento. Igualmente, não se exige a comutação de eventual pena de prisão com trabalhos forçados.

É preciso levar em conta também que a pena de caráter perpétuo somente seria aplicada em casos extremamente graves e excepcionais, e poderá ser revista e conseqüentemente reduzida após o cumprimento de 25 anos da pena, conforme previsto expressamente no artigo 110, parágrafo 3º, do Estatuto de Roma. Preceitua tal artigo que quando o recluso tiver cumprido dois terços da pena ou 25 anos de prisão, em caso de prisão perpétua, o Tribunal revisará a pena a fim de determinar se esta deverá ser reduzida.

A Constituição Federal diz que são imprescritíveis os crimes de racismo (artigo 5º, XLII, CRFB; Lei n. 7.716, de 05/01/1989, com alterações da Lei n. 9.459, de 15/05/1997) e os referentes à ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (artigo 5º, XLIV, CRFB). De modo que o decurso do tempo não extingue a prescrição em qualquer de suas formas.

Segundo BECCARIA (2000) existem duas espécies de delitos, os mais graves e os menos graves. Nos casos de crimes mais graves, por serem, teoricamente, menos frequentes, a duração da instrução e do processo deve ser menor, porque a inocência do acusado é mais provável do que a ocorrência do crime. Porém o tempo da prescrição deve ser maior, sendo este o fundamento da imprescritibilidade de alguns crimes. Já ZAFFARONI (2002) entende que não há justificativas para a imprescritibilidade pois, por mais grave que seja o crime cometido não merece a essa sanção que é a imprescritibilidade.

O Estatuto de Roma prevê que todos os crimes de competência do Tribunal Penal Internacional são imprescritíveis. Ou seja, no Estatuto de Roma, ao contrário da Constituição Federal, a imprescritibilidade é regra e não exceção, o que também é discutido por alguns

doutrinadores. Porém, da mesma forma que a prisão perpétua, a imprescritibilidade só é aplicada aos crimes da competência do Tribunal Penal Internacional, ou seja, somente no âmbito externo, internacional e não interno, no Brasil, que continuará aplicando aos réus julgados aqui a regra interna sobre prescritibilidade.

Conclui-se, portanto que até mesmo a Corte Suprema do país admite que a proibição da pena de prisão perpétua imposta pelo art. 5º, XLVII, “b”, é dirigida somente ao legislador interno, nos limites territoriais do Brasil, não devendo e nem mesmo podendo ser imposta a outras jurisdições, devendo o mesmo raciocínio ser aplicado à imprescritibilidade. Desta maneira não há que se falar em incompatibilidade entre o Estatuto de Roma e a Constituição. A pena em questão não seria aplicada e nem mesmo cumprida em território brasileiro, o que reforça ainda mais a falta de incompatibilidades entre o Estatuto e o texto constitucional.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988, sem sombra de dúvidas, procurou dar prioridade aos direitos humanos ante a qualquer outro princípio ou regra. Diante disto, concluiu-se, após a breve exposição acerca do assunto, ter sido correta a ratificação sem reservas feita pelo Brasil ao Estatuto de Roma em 20 de junho de 2002.

A aplicação da pena de prisão perpétua, diga-se de passagem, excepcional e diante de casos de extrema gravidade, com conseqüente possibilidade de revisão, não pode e não encontra respaldos jurídicos para concretizar-se em um entrave à participação do país no Tribunal Penal Internacional. Além de ser pacífico que os princípios sempre devem se

sobrepor às regras é também o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que a proibição à execução da pena de caráter perpétuo é dirigida somente à lei interna do país, não cabendo ao Brasil impor este entendimento a outras jurisdições independentes, o que se aplica também à imprescritibilidade.

O que mais chama a atenção é o fato de o país prever, no próprio texto constitucional, até mesmo a aplicação da pena de morte em condições especiais. É o que diz expressamente o art. 5º, inciso XLVII, alínea “a”, da Constituição: “não haverá penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX”.

A pena de prisão perpétua, bem menos gravosa que a pena de morte, também somente seria aplicada em condições especiais, em casos extremamente graves e levando-se em consideração as condições pessoais do acusado. A aplicação da pena de morte no Brasil se dá sob as mesmas condições em que se daria a aplicação da pena perpétua pela Corte. Diante disto, não há incompatibilidade do Estatuto de Roma com a Constituição Brasileira.

A inconstitucionalidade a que alguns fazem alusão simplesmente inexistente. O Brasil prima pela criação de um tribunal de defesa dos direitos humanos e rege-se por princípios destes mesmos direitos e é com base nestes princípios que ratificou o Estatuto.

Em conclusão, os tratados de direitos humanos podem ser equiparados a emendas constitucionais, desde que respeitados certos requisitos. Sendo assim, o Estatuto de Roma que institui o Tribunal Penal Internacional merece ser votado e aprovado, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros para que seja equivalente a uma emenda constitucional, tendo, assim, *status* de norma constitucional, pois existe expressa menção no artigo 7º do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) de que o Brasil deveria defender a criação de um

Tribunal Penal Internacional; e artigo 5º, parágrafo 4º do corpo permanente da Constituição da República Federativa do Brasil, no sentido de que o Brasil deverá se submeter à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a que manifestar adesão.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hidelbrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1970.

BASTOS, C. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Edipro, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tribunal Penal Internacional. Prisão Perpétua: Inconstitucionalidade*. Disponível em: <[http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php / cej/article/view Article/345/547](http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/Article/345/547)>. Acesso em: 4 out. 2009.

BRASIL. Decreto nº 4.388, DE 25 DE SETEMBRO DE 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 18 abr. 2009.

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

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. São Paulo: Saraiva, 2006.

ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. *Preguntas y respuestas*. Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas, 1998. Disponível em: <http://www.un.org/spanish/law/icc>. Acesso em: 18 abr. 2009.

GONÇALVES, J. Tribunal Penal Internacional. *Consulex*, Brasília, n. 37, p. 26-33, janeiro de 2000.

HUHLE, R. *De nuremberg a la Haya*. Ko'aga Rone'eta, 1997. Disponível em: <http://www.derechos.org/koaga/v/1/huhle.html>. Acesso em 18 de setembro de 2009.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142002000200012>.

Acesso em: 15 out. 2009.

MEDEIROS, A. *O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira*: comentários do autor à Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, fevereiro de 2000.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque *et al.* *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, J. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

STEINER, S. *O Tribunal Penal Internacional, a pena de prisão perpétua e a Constituição Brasileira*: comentários da desembargadora à Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, fevereiro de 2000.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1999.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. *Comitê Internacional da Cruz Vermelha*. Disponível em: <<http://www.icrc.org/web/por/sitepor0.nsf/html/5YBLR2>>. Acesso em: 15 out. 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de Direito Penal Brasileiro*: Parte geral. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.