

O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E A ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/04

THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT AND THE BRAZILIAN LEGAL ORDER AFTER THE CONSTITUTIONAL AMENDMENT N. 45/04

João Irineu de Resende Miranda^{1*}

^{1*} Autor para contato: Universidade Estadual de Ponta Grossa - UEPG,
Departamento de Relações Sociais, Campus Central, Ponta Grossa, PR, Brasil;
(42) 3220-3453; e-mail: joaoirineu@uepg.br

Recebido para publicação em 11/11/2005

Aceito para publicação em 12/05/2006

RESUMO

Este trabalho analisa as possíveis conseqüências que a Emenda Constitucional n. 45 traz para a interpretação do Estatuto de Roma na ordem jurídica brasileira. Seu objetivo é responder se a referida mudança constitucional resolveu o problema de compatibilidade entre o tratado que estabelece e regulamenta o Tribunal Penal Internacional e a Constituição brasileira. Com este propósito apresenta-se o Estatuto de Roma e seus pontos de conflito com a Constituição e suas possíveis formas de interpretação após a Emenda 45. Após constatar que os pontos de conflito persistem, este trabalho conclui que o problema da incompatibilidade entre o Estatuto de Roma e a Constituição encontra-se além dos limites de atuação da Emenda Constitucional n. 45 ao entender que os pontos de conflito entre os dois documentos têm como causa a forma com que estes são interpretados, e não necessariamente seu conteúdo.

Palavras-chave: Estatuto de Roma, Emenda Constitucional n. 45, tratados de direitos humanos, Tribunal Penal Internacional

ABSTRACT

This work analyzes the possible consequences that the Constitutional Amendment n. 45 brings to the interpretation of the Rome Statute in the Brazilian legal order. Its aim is to establish whether the Constitutional Amendment n. 45 resolves the problem of incompatibility between the treaty that establishes and rules the International Criminal Court and the Brazilian Constitution. With this purpose, this work presents the Rome Statute, its points of conflict with the Brazilian Constitution and their possible interpretations after the Amendment. After verifying that the points of conflict persist, this study concludes that the problem of incompatibility is beyond the range of actuation of the Constitutional Amendment n. 45, because the causes of conflict between the two documents are the ways in which they are

interpreted, and not their contents.

Key words: Rome Statute, Constitutional Amendment n. 45, human rights treaties, International Criminal Court

1. Introdução

Este artigo tem por objeto as transformações que a Emenda Constitucional n. 45, especificamente os parágrafos 3º e 4º do artigo 5º da Constituição, inseridos por este diploma legal, trouxe na forma de se interpretar os dispositivos do Decreto n. 4388/02, Estatuto de Roma, e, conseqüentemente, na forma de se entender os mecanismos jurídicos que determinam a jurisdição complementar do Tribunal Penal Internacional dentro do território brasileiro.

O Tribunal Penal Internacional é a primeira instituição internacional permanente a julgar os indivíduos acusados de cometerem os mais graves crimes internacionais. O seu estabelecimento significa um marco não só para a proteção internacional dos direitos humanos, como para o próprio Direito Internacional. Isto ocorre porque o Tribunal concentrará sua atuação na persecução penal dos chefes de estado e de governo e das pessoas que ocupam cargos de comando, sejam civis ou militares. Ao se remover as barreiras que protegiam tais indivíduos quando estes agiam na qualidade de órgãos do Estado, coloca-se em discussão as próprias prerrogativas estatais e os limites da soberania do Estado, enquanto sujeito de Direito Internacional.

O Brasil ratificou o Estatuto de Roma, inserindo-o em seu ordenamento jurídico através do Decreto n. 4388/02 e, portanto, tem a obrigação de implementar os instrumentos jurídicos que garantirão, dentro do Direito Interno, o cumprimento do compromisso firmado ante a comunidade internacional. Não obstante, verificou-se que, devido a presença de vários conflitos entre os artigos do Estatuto de Roma e disposições de natureza constitucional e infra-constitucional, a incorporação do Estatuto de Roma, por si, não seria suficiente para garantir a atuação do Tribunal Penal Internacional no Brasil. Com o objetivo de resolver o problema, alterou-se a própria Constituição e inseriu-se um dispositivo legal, o parágrafo 4º do artigo 5º, que in-

roduziu, expressamente, a submissão do Estado brasileiro ao Tribunal Penal Internacional.

Em vista disso, faz-se imperiosa a pergunta: A Emenda Constitucional n. 45 realmente resolveu os problemas referentes à incorporação do Estatuto de Roma à ordem jurídica brasileira? Ou seja, os citados artigos da Emenda n. 45/04, nos termos em que foram redigidos, realmente resolvem os alegados problemas referentes às incompatibilidades entre o Estatuto de Roma e a Constituição Federal?

Para buscar responder à presente pergunta, este trabalho será dividido em três partes. Em um primeiro momento será feito um sucinto relato acerca do Tribunal Penal Internacional e do Estatuto de Roma. Após, serão alinhados os principais problemas de compatibilidade entre a Constituição Federal e o Estatuto de Roma. Por fim, será realizada uma leitura conjugada entre o Estatuto de Roma e a Emenda Constitucional n. 45, para constatar se as incompatibilidades apontadas permanecem ante o novo tratamento legal da matéria.

2. O Estatuto de Roma e o Tribunal Penal Internacional

O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional é o tratado multilateral que criou o primeiro Tribunal Penal Internacional de caráter permanente da História. O documento entrou em vigor no dia 1º de julho de 2002, passando a vigorar, para o Brasil, a partir de 1º de setembro do mesmo ano, tendo sido introduzido no ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto n. 4388/02.

Enquanto tratado internacional, o Estatuto não admite reservas, podendo ser ratificado somente em sua integralidade, nos termos do seu artigo 120. A única exceção a esta regra é a disposição transitória do artigo 124, que permite ao Estado Parte afastar a com-

petência do Tribunal Penal Internacional sobre crimes de guerra, disposta no artigo 8º, por sete anos após o Estatuto entrar em vigor, desde que tenha formulado um pedido nestes termos no momento da ratificação. Também em sete anos após sua entrada em vigor, está prevista uma Conferência de Revisão do Estatuto de Roma, no artigo 123, podendo os Estados Parte do Tribunal Penal Internacional, propor, a qualquer momento após esta data, alterações ao Estatuto de Roma, nos termos de seu artigo 121.

O Preâmbulo do Estatuto de Roma adota uma interpretação que combina o paradigma da segurança coletiva com o paradigma da prevalência dos direitos humanos, fundamentando assim uma exceção ao princípio internacional da não-intervenção, além das previstas no Capítulo VII da Carta da ONU, no sentido de que as intervenções realizadas para reagir às graves violações aos direitos humanos não se qualificam como ilícitos internacionais (Amaral Jr., 2001, fl. 232).

O artigo 1º do Estatuto de Roma dispõe que o Tribunal Penal Internacional é uma instituição permanente com jurisdição penal complementar sobre as pessoas responsáveis pelo cometimento dos mais graves crimes com alcance internacional. É uma entidade independente da Organização das Nações Unidas – artigo 2º - com sede em Haia, nos Países Baixos, podendo, se entender conveniente, funcionar em outro local, nos termos do artigo 3º. Por fim, possui personalidade e capacidade jurídica internacional, podendo exercer seus poderes e funções no território de qualquer Estado Parte, ou, mediante acordo, no território de qualquer Estado, como disciplina o artigo 4º do Estatuto de Roma.

Os crimes da competência do Tribunal encontram-se no artigo 5º do Estatuto onde são citados, além do crime de genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e o crime de agressão, que ainda não foi tipificado. Em vista disso, o Tribunal só poderá exercer a sua competência em relação a este último depois que seja aprovada uma disposição definindo o crime, nos termos dos artigos 121 e 123.

O primeiro crime sob a competência do Tribunal Penal Internacional é o genocídio. O termo genocídio, que significa o extermínio consciente de um grupo nacional ou étnico-religioso enquanto tal, não existia antes da Segunda Guerra Mundial, tendo sido cunhado em 1944 pelo jurista polonês Raphael

Lemkim. Seu tipo penal já nasce inserido no âmbito do Direito Internacional, pois o genocídio é um atentado contra a diversidade inerente ao gênero humano (Comparato, 1999, p. 228). Considerando os atos praticados pelos nazistas, a ONU promoveu, logo após a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a Convenção para a Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio, em 1948.

O artigo 6º do Estatuto de Roma cita cinco condutas que, praticadas com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico ou religioso, enquanto tais, configuram o crime de genocídio. São elas: o homicídio de membros do grupo; as ofensas à integridade física ou mental de membros do grupo; a sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial; a imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo e a transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo.

Além do crime de genocídio, encontram-se sob a competência do Tribunal, os chamados crimes contra a humanidade. O termo “crimes contra a humanidade” foi utilizado, pela primeira vez, em 1915, em uma declaração dos países aliados do Tríplice Entente (França, Inglaterra, Rússia e, mais tarde, Itália e Estados Unidos) condenando o massacre da minoria armênia pelo Império Otomano (Schabbas, 2001, p. 34). Sua primeira definição de modo articulado ocorreu no Estatuto do Tribunal de Nuremberg, sendo posteriormente incluída no Estatuto do Tribunal de Tóquio e, mais recentemente, nos Estatutos dos Tribunais da Iugoslávia e de Ruanda (Maia, 2001, p. 87). Além das definições presentes nestes documentos os crimes contra a humanidade do Estatuto de Roma foram definidos também de acordo com o Código de Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade preparado pela Comissão de Direito Internacional, o que tornou a definição mais detalhada e, conseqüentemente, mais restrita.

O artigo 7º do Estatuto de Roma estabelece que os crimes contra a humanidade são cometidos no âmbito de um ataque generalizado ou sistemático contra qualquer população civil, abrangendo qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no parágrafo 1º contra uma população civil, quando inseridos na política de um Estado ou de uma organização. O termo “amplo” significa que tais atos deve-

rão ser cometidos por um certo número de pessoas ou sobre um amplo território; o termo sistemático significa que o ataque envolve planejamento e organização (Sunga, 2000, p. 204).

O terceiro crime inserido no rol do Estatuto de Roma é a prática de crimes de guerra ou “crimes contra as leis e os costumes aplicáveis em conflitos armados”. De um modo geral, pode-se observar que o Estatuto de Roma preocupou-se com a situação do civil dentro do âmbito do conflito armado e que os crimes de guerra estão configurados quando os atos criminosos são cometidos como parte de uma estratégia ou política. Suas fontes são o regime de Haia, com suas diversas Convenções e Protocolos, referentes às limitações e à conduta de hostilidades, e as Convenções de Genebra e seus Protocolos, referentes à proteção das vítimas dos conflitos. O Estatuto também inclui na lista de crimes de guerra aqueles cometidos contra o pessoal das Nações Unidas em missão humanitária ou de manutenção de paz (Sabóia, 2000, p. 9). Na configuração final do Estatuto de Roma, foram incluídos as violações e crimes cometidos em conflitos internos, pois sua ausência significaria um retrocesso nas conquistas obtidas pelo Direito Internacional Humanitário na década de noventa. No entanto, foram adotadas restrições em sua tipificação no sentido de preservar o direito do Estado de manter sua soberania e ordem interna ao submetê-los à competência do Tribunal somente quando “parte de um plano ou política”, como forma de evitar que sua prática isolada pudesse ser julgada pelo Tribunal Penal Internacional (Maia, 2001, p. 90).

O artigo 8º lista os tipos penais que configuram os crimes de guerra. As condutas são apresentadas em três níveis: em primeiro lugar, as infrações presentes nas quatro Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949; em segundo lugar, outras violações graves a leis e costumes pertinentes a conflitos armados internacionais e, em terceiro, violações graves em conflitos de caráter não-internacional.

O quarto e último crime do rol constante no Estatuto de Roma é o crime de agressão sobre o qual o Tribunal exercerá sua jurisdição quando for aprovado o dispositivo em que se defina o crime e se formule as

condições em que o Tribunal atuará. Tal dispositivo tem previsão para ser proposto a partir de 2009, por ocasião da primeira conferência para a revisão do Estatuto de Roma.¹ O crime de agressão foi incluído porque grande parte dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade é desencadeada, inicialmente, por um ato de agressão (Sunga, 2000, p. 195 a 198).

Em relação à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, o Estatuto de Roma traz dois componentes inéditos em relação às experiências históricas anteriores. Nunca a comunidade internacional criou um tribunal penal com um âmbito de aplicação e um escopo tão amplo e nunca um tribunal deste tipo foi criado pelo consenso entre os Estados que se submeteram à sua jurisdição (Schabbas, 2001, p. 54).

Além disso, a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, estabelecida pelo Estatuto nos seus artigos 11 a 19, possui características bastante específicas que a tornam única. Em primeiro lugar não é universal, sendo limitada temporal e espacialmente. Em segundo lugar, não é voluntária não necessitando de provocação nem de concordância expressa do Estado para funcionar. Por fim, é complementar, não sendo, enquanto jurisdição internacional, nem subsidiária, nem supranacional.

Nos termos do artigo 11 do Estatuto de Roma, a jurisdição do Tribunal é referente aos crimes cometidos a partir de 1º de julho de 2002, e será relativa à data da adesão para os demais Estados que venham a fazer parte do Estatuto, a não ser que tais Estados, através de acordo, concordem em estender tal jurisdição a datas anteriores à sua adesão ou que a ação do Tribunal tenha sido fruto de notificação pelo Conselho de Segurança da ONU. Mesmo em tais casos, a jurisdição não poderá retroagir a datas anteriores à 1º de julho de 2002.

A jurisdição do Tribunal também é limitada ao território em que o crime for cometido ou à nacionalidade do acusado, nos termos do parágrafo 2 do artigo 12 do Estatuto. O Tribunal Penal poderá atuar se o crime sob sua competência for cometido no território de um Estado Parte ou se o crime sob sua competência for cometido por indivíduo nacional de um Estado Parte. No entanto, tal regra comporta duas exceções.

¹ De acordo com o que dispõem os artigos 121 e 123 do Estatuto de Roma.

A jurisdição do Tribunal não será limitada ao território ou a nacionalidade do indivíduo quando for provocada pelo Conselho de Segurança da ONU, assim como não será limitada quando o Estado que não é parte assinar um acordo autorizando sua atuação em um caso sob jurisdição estatal. As exceções podem resolver, embora não necessariamente, o vazio de jurisdição do Tribunal nos crimes sob a sua competência que forem ordenados por um não-nacional fora do território do Estado Parte, como, por exemplo, a ordem do comandante de um exército de não fazer prisioneiros (Schabbas, 2001, p. 63).

A jurisdição do Tribunal Penal Internacional não é voluntária, pois, nos termos parágrafo 1 do artigo 12, o Estado, ao se tornar parte no Estatuto, aceita a jurisdição do Tribunal Penal Internacional sobre os crimes a que se refere o artigo 5º do Estatuto. O artigo 13 determina que esta jurisdição poderá ser exercida a partir de uma comunicação de um Estado Parte ou do Conselho de Segurança ao Procurador, ou ainda através da instauração de um inquérito pelo próprio Procurador.

O artigo 17 do Estatuto de Roma, que é um desdobramento do décimo parágrafo de seu Preâmbulo e de seu artigo 1º, fundamenta a jurisdição complementar do Tribunal Penal Internacional. Ao contrário dos tribunais “ad hoc” do Conselho de Segurança, o Tribunal Penal Internacional não terá primazia sobre as jurisdições nacionais (Latanzi, 1999, p. 427). Como regra geral, o inquérito e o processamento penal de um caso pela jurisdição nacional competente serão respeitados, bem como as decisões que deles resultarem, mesmo que estas decisões venham a determinar a não conversão do inquérito em ação penal ou o não prosseguimento da ação. Um caso só será admissível para o Tribunal Penal Internacional, nos termos do Estatuto de Roma, se for considerado muito grave e se o Tribunal entender que o Estado é incapaz ou não tem vontade de processar os responsáveis pelos crimes previstos.

3. Os problemas do Estatuto de Roma frente à ordem jurídica brasileira

Aparentemente, a grande questão que a incor-

poração do Estatuto de Roma traz para o ordenamento brasileiro reside no conteúdo de suas normas. O Estatuto de Roma não introduz nenhum direito novo em nosso ordenamento. Ao contrário, sob o referido documento, o cidadão brasileiro indiciado pelo Tribunal Penal Internacional deixa de possuir algumas das garantias que compõe o devido processo legal no Brasil e sofre o risco de ser condenado à prisão perpétua, ao arrepio de normas constitucionais e cláusulas pétreas. Para seus detratores, o Estatuto de Roma traz o paradoxo de impor relativização do sistema constitucional de direitos humanos com o fito de protegê-lo. Como afirma Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva: “O que se discute é sobre a possibilidade de um direito humano de nossa Constituição estar em conflito com uma resolução internacional de direitos humanos, como é o caso da extradição de nacionais.” (Nascimento e Silva, 2000, p. 22).

Seguem, abaixo, as principais dificuldades jurídicas encontradas na harmonização das disposições do Estatuto de Roma com o ordenamento jurídico brasileiro. Dentre os problemas apontados pela doutrina foram selecionados, para tratamento específico neste trabalho, seis: a similitude do instituto da entrega de nacional ao Tribunal com a extradição de nacional - proibida pela Constituição -; a previsão da pena de prisão perpétua pelo Estatuto; a questão do respeito à coisa julgada pelo Tribunal; a imprescritibilidade dos crimes sob a competência do Estatuto de Roma; a desconsideração das imunidades estabelecidas pelo Direito Internacional e pelo Estado brasileiro e a ausência de previsão de individualização de pena para os tipos penais do Estatuto.

3.1. Extradição e Entrega

Em sua Declaração de Voto Favorável à aprovação do Estatuto de Roma, a delegação brasileira enviada para a conferência já alertava para o conflito que poderia ocorrer, na interpretação do Estatuto, entre o instituto da entrega de acusados ao Tribunal Penal Internacional e a norma constitucional brasileira que proíbe a extradição de nacionais (Ramos, 2000, p. 247).

Entretanto, para o funcionamento do Tribunal Penal Internacional, é fundamental que os indivíduos acusados de praticar os crimes sob sua competência

efetivamente se apresentem para o julgamento, sendo necessário para isso procedimentos que assegurem a detenção e aprisionamento do acusado. Faz-se necessário, destarte, que o Estado Parte em cujo território o indivíduo se encontra cumpra a ordem de detenção expedida pelo Tribunal e o entregue para julgamento.

É neste ponto que se manifesta o desacordo entre o ordenamento pátrio e o Estatuto de Roma. Está disposto na Constituição Federal, art. 5º, inciso LI, que: “Nenhum brasileiro será extraditado, salvo 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.” Esta disposição, como as demais do art. 5º, é cláusula pétreia, estando determinado no art. 60, parágrafo 4º, inciso IV, que: “não será objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais.” Logo, o direito do cidadão brasileiro de não ser extraditado é cláusula pétreia. Sobre a questão, afirma João Grandino Rodas:

O que deveríamos verificar é a problemática do ingresso de um tratado internacional dentro do ordenamento brasileiro. Sabemos que, como regra geral, a Constituição é insusceptível de ser modificada por tratado posterior, ou seja, não existiria a hipótese de, aprovando-se, ratificando-se e publicando-se a Convenção de Roma, ao trazer este texto para o ordenamento interno mudar a Constituição. (Rodas, 2000, p. 32)

O artigo 102 do Estatuto de Roma, todavia, diferencia a extradição, ou seja, “a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito inter-

no”, da entrega, o que significa a “entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal nos termos do presente Estatuto”. Enquanto a extradição pressupõe a reciprocidade inerente às relações entre Estados, a entrega corresponde à concretização de um Tratado assinado entre um Estado e uma organização internacional (Miranda, 2000, p. 26). Desta forma, embora a extradição de brasileiros não seja permitida pela Constituição, nada obstará que a entrega de brasileiros se efetivasse ao Tribunal Penal Internacional que, afinal, não é uma jurisdição estrangeira. A jurisdição do Tribunal deriva da ratificação do Estatuto de Roma, que é um ato soberano do Estado e, por isso, poderia ser entendida como uma extensão da jurisdição do Estado. Além disso, esta jurisdição internacional somente será exercida em caráter excepcional devido ao princípio da complementaridade (Guskow, 2000, p. 8 e 9).

O problema é que o instituto da entrega não existe no ordenamento brasileiro, fora do Estatuto de Roma e o Tribunal Penal Internacional, dentro de sua competência delegada, precisa que o procedimento da entrega seja implementado pelas normas de direito interno, conforme os artigos 91, “c” e parágrafo 4º do Estatuto de Roma². Existe, portanto, no sistema jurídico brasileiro, uma incompletude, uma situação não regulada pelo ordenamento e que deve ser objeto de um procedimento de integração do direito pátrio (Bobbio, 1997, p. 116).

O procedimento mais adequado para que a entrega seja regulamentada e a incompletude resolvida, contudo, é justamente a analogia com o instituto da extradição. Por analogia entende-se o modo de integração do ordenamento pelo qual se atribui a um caso não regulamentado a mesma disciplina de um caso re-

² Decreto n. 4388/02 (Estatuto de Roma) Artigo 91 Conteúdo do pedido de detenção e de entrega. 1. O pedido de detenção e de entrega será formulado por escrito. Em caso de urgência, o pedido poderá ser feito através de qualquer outro meio de que fique registro escrito, devendo, no entanto, ser confirmado através dos canais previstos na alínea a) do parágrafo 1º do artigo 87.

2. O pedido de detenção e entrega de uma pessoa relativamente à qual o Juízo de Instrução tiver emitido um mandado de detenção ao abrigo do artigo 58, deverá conter ou ser acompanhado dos seguintes documentos:

[...]

3. Os documentos, declarações e informações necessárias para satisfazer os requisitos do processo de entrega pelo Estado requerido; contudo, tais requisitos não deverão ser mais rigorosos do que os que devem ser observados em caso de um pedido de extradição em conformidade com tratados ou convênios celebrados entre o Estado requerido e outros Estados, devendo, se possível, ser menos rigoroso face à natureza específica que se reveste o Tribunal.

[...]

4. Mediante requerimento do Tribunal, um Estado Parte manterá, no que respeite às questões genéricas ou a uma questão específica, consultas com o Tribunal sobre quaisquer requisitos previstos no seu direito interno que possam ser aplicados nos termos da alínea c) do parágrafo 2º. No decurso de tais consultas, o Estado Parte informará o Tribunal dos requisitos específicos constantes do seu direito interno. (Brasil. **Decreto n. 4388...**, 2002).

gulamentado semelhante, ou, por outras palavras, que tenha uma qualidade comum a ambos (Bobbio, 1997, p. 150). Ora, se “extradição é o ato por meio do qual o indivíduo é entregue por um Estado a outro que seja competente a fim de processá-lo e puni-lo” e “entrega é o ato por meio do qual o indivíduo é entregue por um Estado a um tribunal internacional que seja competente a fim de processá-lo e puni-lo” (Mello *apud* Rodas, 2000, p. 33), deve-se concluir, com João Grandino Rodas que:

Muito embora se deseje extremar absolutamente as duas figuras de extradição e de entrega ou, ainda dizendo, quanto mais se deseja extremar, mais não se separa uma da outra questão. Elas são quase siamesas, tanto que o próprio Tribunal, nesse art. 91, II, c – depois de afirmar no art. 102 que são coisas diferentes – determina que não se poderá ter exigências superiores à da extradição. (Rodas, 2000, p. 33).

Portanto, forçoso será ao jurista nacional, ao se deparar com um hipotético caso de entrega de indivíduo ao Tribunal Penal Internacional, servir-se das regras que delineiam o instituto da extradição em nosso ordenamento. E a norma máxima do sistema jurídico brasileiro não está harmonizada com a norma recepcionada do Estatuto de Roma. Está configurada uma antinomia, pois, enquanto o Estatuto de Roma, incorporado em nosso ordenamento pelo Decreto n. 4388/2002, estabelece a entrega de brasileiros que cometeram os crimes sob a competência do Tribunal Penal Internacional, sob determinadas circunstâncias, a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LI, dispõe que os brasileiros não serão entregues para processamento e punição, exceto nas circunstâncias previstas pelo próprio inciso, que não se assemelham as do Estatuto.

Assim, adotando-se a posição do Supremo Tribunal Federal, de que os tratados internacionais incor-

poram-se no ordenamento enquanto lei ordinária federal, temos que o Brasil entregaria indivíduos para julgamento pelo Tribunal Penal Internacional desde que estes indivíduos não fossem brasileiros. Mais além, mesmo que o legislador pátrio resolve-se emitir normas a respeito do tema, não poderia autorizar a entrega de brasileiros ao Tribunal devido à franca analogia da questão com o art. 5º, inciso LI da Constituição que, por força do art. 60, parágrafo 4º, inciso IV, do mesmo documento, não pode ser emendado. Por outro lado, o art. 86 do Estatuto de Roma, amparado pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, estabelece que os Estados signatários se obrigam a cooperar integralmente com o Tribunal, o que inclui emitir a legislação infraconstitucional necessária para sua boa implementação. Já o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados dispõe que: “Uma parte não pode invocar disposições de direito interno como justificativa para o não cumprimento do tratado.” (Rangel, 1993, p. 251)³. O Estatuto diz ainda que o Estado não entregar um indivíduo por este ser seu nacional não é uma escusa aceitável. Conseqüentemente, se o Estado Parte não entregar seu nacional quando for emitida, pelo Tribunal, uma ordem de detenção contra o mesmo, será responsabilizado internacionalmente, podendo o assunto ser levado à Assembléia Geral do Estados Partes e ao Conselho de Segurança da ONU (Rodas, 2000, p. 33).

3.2. A previsão da pena de prisão perpétua pelo Estatuto de Roma

Melhor sorte não socorre o intérprete ao deparar-se com a questão da pena de prisão perpétua, prevista no artigo 77, parágrafo 1, alínea “b” do Estatuto de Roma⁴ e proibida pelo artigo 5º, inciso XLVII, alínea “b” da Constituição do Brasil⁵. Como, por força do art. 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Magna Carta, o

³ Embora esteja em vigor desde 1980, esta Convenção não foi ratificada pelo Brasil.

⁴ Decreto n. 4388/02 (Estatuto de Roma) 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:

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

⁵ Constituição da República Federativa do Brasil, Art. 5º [...]

XLVII - Não haverá penas:

[...]

b) de caráter perpétuo.

[...] (Brasil. Constituição..., 2003).

direito do cidadão brasileiro de não ser submetido à pena de prisão perpétua é uma cláusula pétrea, é juridicamente impossível introduzir no Brasil a pena de prisão perpétua (Cernichiaro, 2000, p. 38).

Considerando que o Estatuto de Roma, por força de seu artigo 120, não admite reservas, e que este já se encontra incorporado ao ordenamento brasileiro, verifica-se aqui uma inconstitucionalidade. Em vista disso, declara Luiz Vicente Cernichiaro que:

[...] ao aceitar o Estatuto, o Brasil, sem dúvida, por via oblíqua, estará renunciando à própria soberania. É certo que no momento em que a política entra na sala o Direito sai pela janela. Por razões de política internacional poderá o Brasil subcrever sem reserva esse Estatuto. Estará, a meu aviso, afrontando a nossa Constituição. (Cernichiaro, 2000, p. 39)

O argumento que a doutrina favorável ao Estatuto de Roma utiliza para afirmar a compatibilidade do artigo 77 do Estatuto com a Constituição encerra, por sua vez, uma contradição. Afirma-se que a vedação à pena de prisão perpétua vale apenas para o Direito Interno, pois, na Extradução 426 (Caso Russel Weisse) o Supremo Tribunal Federal não exigiu a comutação da pena de prisão perpétua em privativa de liberdade não superior a trinta anos (Ramos, 2000, p. 273), o que provaria que a Constituição, ao proibir determinadas penas, não pretendeu estender seus limites aos casos de extradição (Vieira, 2000, p. 62). Em primeiro lugar, é necessário observar que o STF mudou seu posicionamento recentemente, exigindo da República do Chile a comutação da pena de prisão perpétua em privativa de liberdade para que um nacional daquele país para lá fosse extraditado. Entretanto, mesmo se o Supremo Tribunal houvesse por bem manter o seu en-

tendimento de 1985, o instituto em questão aqui não é a extradição para outro Estado soberano e, sim, a entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional.

Ao contrário da extradição, a entrega pressupõe, sim, uma relação normativa de Direito Interno, porque o Estatuto foi ratificado e constitui, segundo a doutrina, não uma jurisdição estrangeira, mas uma jurisdição internacional integrada pelo próprio Estado Parte. Considerando a diferença entre os institutos da extradição e entrega, portanto, a jurisprudência do STF de nada serve para justificar a compatibilidade da previsão da pena de prisão perpétua no Estatuto de Roma com a Constituição, porque se refere a uma realidade normativa diferente: o relacionamento entre dois ordenamentos soberanos. Por outro lado, ao salientar-se a similitude entre a extradição e a entrega, a mesma aplicação do método da analogia que se presta a espantar a antinomia do art. 77, “b” do Estatuto com a norma constitucional, serve também para ressaltar a antinomia do artigo 102 do Estatuto, que estabelece a entrega de nacionais para julgamento, com o artigo 5º, inciso LI, que proíbe a extradição de brasileiros. Logo, de acordo com os argumentos apresentados ou a inconstitucionalidade é proveniente da previsão da extradição de nacionais ou a inconstitucionalidade é proveniente da previsão da pena de prisão perpétua, não existindo, pelo menos aparentemente, uma terceira opção.

3.3. Exceções ao princípio da coisa julgada

Em relação às exceções ao respeito pelo instituto da coisa julgada, presentes no Estatuto de Roma, pode-se indagar se existe uma antinomia entre o artigo 20 do Estatuto⁶ e o artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal⁷, que, por força do art. 60, parágrafo

⁶ Decreto n. 4388/02 (Estatuto de Roma) Artigo 20 “Ne bis in idem” 1. Salvo disposição contrária do presente Estatuto, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por atos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido.

2. Nenhuma pessoa poderá ser julgada por outro tribunal por um crime mencionado no artigo 5º, relativamente ao qual já tenha sido condenada ou absolvida pelo Tribunal.

3. O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal, por atos também punidos pelos artigos 6º, 7º ou 8º, a menos que, o processo nesse outro tribunal:

a) Tenha tido por objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; ou

b) Não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça. (Brasil. Decreto n. 4388..., 2002).

⁷ Art. 5º [...]

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. (Brasil. Constituição..., 2003).

4º, inciso IV, já citado, tem natureza de cláusula pétrea. Tal inciso, por sua vez, impediria a derrogação, pelo Estatuto, do artigo 74 da Lei n. 6815/80 (que impede a extradição em caso de coisa julgada) e do artigo 95 do Código de Processo Penal (que regula a exceção da coisa julgada) em procedimentos relativos ao Tribunal Penal Internacional.

A antinomia neste caso, “mutatis mutandis”, é imaginária. A leitura do artigo 20 do Estatuto de Roma mostra que o Tribunal Penal Internacional só não respeitará a coisa julgada quando o procedimento penal que julgou o acusado for uma fraude. Ora, o instituto da coisa julgada deve respeitar os sobre-princípios da justiça e da segurança jurídica, por isso, não é crível que o inciso constitucional exista para agasalhar decisões injustas e processos conduzidos com o objetivo de frustrar a Justiça. Portanto, não há ofensa à coisa julgada quando o procedimento que a produziu for uma fraude. (Ramos, 2000, p. 276)

3.4. A imprescritibilidade dos crimes sob a competência do Tribunal Penal Internacional

Em relação à imprescritibilidade dos crimes, estabelecida pelo artigo 29 do Estatuto de Roma⁸, existe o desacordo entre o Estatuto e o artigo 109 do Código Penal⁹, o qual se encontraria protegido pela Constituição (Ramos, 2000, p. 272) porque esta determina serem imprescritíveis o crime de racismo e a ação armada de grupos civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado democrático.¹⁰ Como não existem outros tipos penais qualificados como

imprescritíveis no articulado constitucional, entende-se que a inclusão de novos tipos penais imprescritíveis pelo Estatuto de Roma estaria vedada por cláusula pétrea, visto que a previsão constitucional se encontra dentro do artigo 5º, constituindo assim garantia fundamental protegida pelo artigo 60, parágrafo 4º da Constituição.

Cumprir verificar se realmente existe a antinomia alegada entre o Estatuto e a Constituição, uma vez que o artigo 109 do Código Penal, enquanto lei ordinária, encontra-se revogado pela norma recepcionada, no tocante aos crimes sob a competência do Tribunal Penal Internacional. Sob o prisma constitucional, convém lembrar que quando a Constituição visa proibir determinada conduta, mas estabelece exceções, o faz através de uma redação como a do art. 5º, inciso LXVII: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. Em relação à prescrição, adotando uma interpretação teleológica, se o legislador realmente quisesse transformá-la em garantia constitucional teria, no artigo 5º, adotado uma redação como: “não haverá crimes imprescritíveis, salvo o de racismo e os decorrentes da ação armada de grupos civis ou militares contra a ordem democrática e o Estado constitucional”. Pelo contrário, o que o legislador busca, nos incisos XLII e XLIV do artigo 5º, é resguardar valores como a igualdade jurídica de todos os brasileiros e o Estado Democrático de Direito, e não estabelecer o instituto penal da prescrição como garantia fundamental. Logo, esta questão também pode ser interpretada no sentido de que não existe nenhum artigo constitucional proi-

⁸ Decreto n. 4388/02 (Estatuto de Roma), Artigo 29. Os crimes da competência do Tribunal não prescrevem. (Brasil. **Decreto...**, 2002)

⁹ Código Penal Brasileiro, Artigo 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos parágrafos 1º e 2º do artigo 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

I - em 20 (vinte) anos, se o máximo da pena é superior a 12 (doze) anos. [...] (Brasil. **Código...**, 1993)

¹⁰ Constituição Federal Art. 5º [...]

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

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; [...] (Brasil. **Constituição...**, 2003)

bindo a adoção de crimes imprescritíveis ou afirmando que a enumeração dos crimes imprescritíveis, presente no art. 5º, incisos XLII e XLIV, é taxativa. Além disso, se considerarmos o objeto jurídico protegido pelo tipo penal, o crime de genocídio pode ser considerado um crime de racismo qualificado, porque enquanto no racismo ocorre à discriminação no tratamento de uma pessoa devido a sua origem racial, no crime de genocídio ocorre a eliminação desta pessoa pelo mesmo motivo. Da mesma forma, os crimes contra a humanidade subentendem ataques civis ou militares contra o Estado Democrático de Direito e a ordem constitucional, especialmente ao sistema constitucional de direitos humanos. Conclui-se assim que a afirmação de antinomia entre a imprescritibilidade dos crimes do Estatuto e a norma do ordenamento brasileiro é bastante controvertida.

3.5. A desconsideração das imunidades e do foro especial em razão do exercício de cargo ou função pública

Para o Tribunal Penal Internacional, a questão das imunidades e do foro privilegiado é central, visto que na imensa maioria dos casos, os crimes sob sua competência são cometidos por funcionários do Estado agindo de acordo com ordens de pessoas que se encontram protegidas por imunidades em razão do exercício do cargo que ocupam ou função que desempenham, ou ainda gozam do direito de um foro especial para o julgamento de seus crimes, o que geralmen-

te garante a impunidade (Soares, 2000, p. 57). Por isso, o artigo 27 do Estatuto de Roma estabelece que o Tribunal não considerará as imunidades nem as prerrogativas de foro por exercício de função¹¹, o que, sob uma concepção estrutural de ordenamento jurídico, resulta na acusação de antinomias entre o Estatuto de Roma e a Constituição. Estas apareceriam, basicamente, em relação àqueles artigos diretamente derivados do art. 1º, I, que estabelece a soberania como fundamento do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil, tais como os artigos 52, 53 e 102, que estabelecem foros especiais e imunidades para cargos do Executivo, do Legislativo e do Judiciário.

É possível dividir as imunidades a que refere o artigo 27 do Estatuto de Roma em três grupos: as imunidades instituídas pela própria Constituição, as imunidades provenientes do Direito Internacional, incorporadas ao ordenamento nacional através da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas ratificada pelo Brasil¹², e as imunidades oriundas do Costume Internacional.

Em relação à Constituição temos para o Presidente da República a previsão de foros privilegiados: o Senado Federal para os crimes de responsabilidade, juntamente com o Vice-Presidente, os Ministros de Estado, os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, nos termos do artigo 52, I da Constituição¹³ e o Supremo Tribunal Federal para crimes comuns, privilégio extensível a todos os cargos citados acima, conforme o art. 102, I da Constituição.¹⁴ Os deputados e senadores, por sua vez, possuem imuni-

¹¹ Decreto n. 4388/02 (Estatuto de Roma) Art. 27: 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 criminal nos termos do presente Estatuto, nem constituirá de *per se* motivo para redução de pena. 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. (Brasil. **Decreto n. 4388...**, 2002)

¹² Decreto n. 56.435/65. (Brasil. **Decreto n. 56435...**, 1965)

¹³ Constituição Federal. Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles.

¹⁴ Constituição da República Federativa do Brasil, Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]
b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios ministros e o Procurador Geral da República. (Brasil. **Constituição...**, 2003).

dade nos termos do artigo 53 da Constituição.¹⁵ Nos casos citados, dispostos de forma ilustrativa e não exaustiva, ressalta-se a antinomia entre o artigo 27 do Estatuto de Roma e os artigos 52, 53 e 102 da Constituição Federal. Como no caso da previsão da imprescritibilidade dos crimes internacionais sob a competência do Tribunal Penal Internacional, a descon sideração das imunidades e do foro especial em razão de exercício de cargo ou função pública não é pacificada dentro do Direito Internacional, sendo apontada como fator de atrito entre o Estatuto de Roma e as normas sobre a matéria neste ramo do Direito (Paulus, 2003, p. 850). Para o Direito Internacional existem duas categorias de imunidades: as imunidades funcionais, “*ratione materiae*”, extensíveis a qualquer indivíduo enquanto órgão do Estado, no exercício de funções públicas, cobrindo exclusivamente os atos realizados no exercício dessas funções públicas que, por serem atos de Estado, estendem a imunidade do indivíduo para além do exercício da função; e as imunidades pessoais ou diplomáticas, “*ratione personae*”, concedidas aos agentes diplomáticos para garantir o livre exercício de suas funções, que cobrem outras áreas de atividade além daquelas do serviço, tornando o embaixador, por exemplo, imune à jurisdição civil no Estado que o recebeu. Além deste aspecto, o que dife-

rencia as imunidades funcionais das imunidades pessoais é que estas não perduram após o fim do exercício da função (Frulli, 2004, p. 270). As imunidades funcionais encontram-se reconhecidas por norma costumeira (inclusive em relação ao costume de se conceder imunidade diplomática ao chefe de Estado ou de governo em visita a outro Estado), enquanto as imunidades pessoais são provenientes da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas.

As imunidades pessoais, aos embaixadores e chefes de missões diplomáticas, instituídas pela Convenção de Viena, já se encontram, no plano interno revogadas pelo art. 27 do Estatuto de Roma, que é tratado ratificado da mesma forma que a Convenção, estando no mesmo patamar hierárquico e sendo passível de aplicação a regra de que lei posterior revoga lei anterior. A exceção, neste caso, é a descon sideração das imunidades de diplomatas provenientes de Estados que não são parte do Tribunal Penal Internacional, que exigem a concordância de seu Estado natal, nos termos do artigo 98, 1, do Estatuto de Roma.¹⁶

Considerando, por sua vez, as imunidades funcionais estabelecidas pelo Costume Internacional, a questão é mais complexa, em razão da redação do citado artigo 98, 1, do Estatuto, que permite a interpretação de que o Tribunal deverá respeitar as imuni-

¹⁵ Constituição da República Federativa do Brasil Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

Parágrafo 1º Os deputados e senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria dos seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.

Parágrafo 4º O pedido de sustação será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de 45 dias de seu recebimento pela Mesa Diretora.

Parágrafo 5º A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato.

Parágrafo 6º Os Deputados e Senadores não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações.

Parágrafo 7º A incorporação às Forças Armadas de Deputados e Senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de prévia licença da Casa respectiva.

Parágrafo 8º As imunidades de Deputados e Senadores subsistirão durante o estado de sítio, só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso Nacional, que sejam incompatíveis com a execução da medida. (Brasil. Constituição..., 2003).

¹⁶ Decreto n. 4388/02 (Estatuto de Roma) Art. 98: Cooperação Relativa à Renúncia, à Imunidade e ao Consentimento na Entrega. 1. O Tribunal pode não dar seguimento a um pedido de entrega ou de auxílio por força do qual o Estado requerido devesse atuar de forma incompatível com as obrigações que lhe incumbem à luz do direito internacional em matéria de imunidade dos Estados ou de imunidade diplomática de pessoa ou de bens de um Estado terceiro, a menos que obtenha, previamente a cooperação desse Estado terceiro com vista ao levantamento da imunidade [...] (Brasil. Decreto..., 2002).

dades reconhecidas por norma costumeira. Em decisão sobre a matéria, a Corte Internacional de Justiça, recentemente, condenou a Bélgica por não respeitar a imunidade do Ministro das Relações Exteriores do Congo, ao encarcerá-lo devido a uma acusação de crimes contra a humanidade. O problema aqui, todavia, pode ser contornado pela própria idéia sobre o que vem a ser um ato de Estado. A idéia de imunidade absoluta de jurisdição, ou seja, para qualquer ato praticado pelo indivíduo que se encontra em um cargo ou função pública, é anacrônica. Após a internacionalização dos direitos humanos, afirmar a imunidade em casos de crimes internacionais é utilizar o Direito Internacional como escusa para sua própria implementação (Soares, 2000, p. 60). Seria uma incongruência interpretar que o Direito Internacional, que estabeleceu a proteção aos direitos humanos enquanto norma imperativa, criando a noção de crimes internacionais, cobriria com a capa da imunidade e da impunidade justamente as pessoas acusadas de cometerem tais crimes. O desaparecimento forçado de pessoas, a tortura, o estupro e outros crimes contra a humanidade jamais podem fazer parte das funções públicas de um chefe de Estado em um estágio do Direito Internacional que se caracteriza pela promoção e garantia dos direitos humanos, e, por isso, não podem ser considerados como ato de Estado para o Direito Internacional. Neste sentido, Micaela Frulli afirma:

Segundo a prática internacional, podemos concluir que existe, em direito costumeiro, uma regra que permite abrir exceção às imunidades funcionais para determinadas categorias de crimes internacionais. A exceção às imunidades funcionais visa tanto aos funcionários de alto escalão quanto aos chefes de Estado e de governo. Ela opera perante os Tribunais Internacionais da mesma forma que perante as jurisdições internas. (Frulli, 2004, p. 283 e 284)

Mesmo assim, a questão das imunidades funcionais permanece sendo invocada na jurisprudência penal internacional. No caso da decisão da Corte Internacional de Justiça citada, seu fundamento é a afirmação de que os chefes de Estado ou de governo (ou, naquele caso, ministros das relações exteriores) em exercício permanecem protegidos pela norma costu-

meira da imunidade funcional, pois se acredita que a perda de sua imunidade acarretaria um risco muito grande para o bom funcionamento ou mesmo a existência do Estado (Frulli, 2004, p. 300). A exceção às imunidades funcionais estaria reservada apenas a chefes de Estado ou governo que não se encontrem no exercício de suas funções. No entanto, o artigo 27 do Estatuto de Roma não faz esta distinção e, por isso, considerando a posição do Estado Parte à luz da teoria das fontes do Direito Internacional, o encaminhamento da questão é outro. Juntamente com o Costume, os tratados são fonte do Direito Internacional, e visam, muitas vezes, codificar as normas costumeiras pré-existentes. Outras vezes, contudo, os tratados acabam por modificar o costume internacional e, quando o fazem, preponderam em relação ao costume modificado, não podendo este ser alegado como escusa para o descumprimento daquele (Piovesan, 2002, p. 66). Portanto, não há como alegar a imunidade funcional em razão do exercício da função quando o Estado houver ratificado o Estatuto de Roma. Quanto à necessidade de intervenção em um Estado para o julgamento de um chefe de Estado ou de governo em exercício acusado de estar cometendo genocídio, crimes contra a humanidade ou crimes de guerra, o direito à assistência humanitária vem se estabelecendo na prática internacional, resguardando os direitos do indivíduo em detrimento do Estado que os desrespeita (Amaral Jr., 2001, fl. 244).

Em suma, no caso do Direito Internacional, a invocação das imunidades não procede a não ser que se trate de um indivíduo natural de Estado que não é parte do Tribunal Penal Internacional. Permanecem as imunidades constitucionais reforçando a acusação de incompatibilidade entre o Estatuto de Roma e a Constituição brasileira.

3.6. A ausência de individualização das penas no Estatuto de Roma e da regulamentação dos crimes sob a competência do Tribunal no ordenamento brasileiro

Finalmente, pode-se citar a ausência de individualização das penas para cada um dos tipos penais sob a competência do Estatuto de Roma. Existe uma

previsão, no artigo 77 do Estatuto de Roma¹⁷, comum a todos os crimes previstos, que se choca com o artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal¹⁸, que é cláusula pétrea, por força do artigo 60, parágrafo 4º da Carta Magna. Pouco há o que se acrescentar sob o assunto, visto que é uma incompatibilidade proveniente de uma característica do Direito Interno nacional. Aponta-se, todavia, a incompatibilidade entre os dispositivos.

4. A Emenda nº 45 e os tratados internacionais de direitos humanos

Dentre a miríade de novas disposições trazida pela Emenda Constitucional nº 45 destaca-se, para este trabalho, a inclusão dos parágrafos 3º e 4º no artigo 5º da Constituição Federal. Ocupando-se, por ora, do referido parágrafo 3º, vê-se que seu conteúdo finaliza o silêncio constitucional acerca da inserção dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica brasileira. Dispõe o parágrafo 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 do respectivos membros serão equivalentes às Emendas Constitucionais”.

A principal questão que se apresenta acerca desse dispositivo é referente aos tratados de direitos humanos já inseridos na ordem jurídica brasileira através do procedimento legislativo do Decreto Legislativo. Para estes tratados continuaria a valer o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, que não distingue os tratados segundo a matéria e, para o qual, estes possuem hierarquia de Lei Ordinária Federal? Mas, neste caso, como ficam os protocolos, ou seja, aqueles acordos internacionais de natureza ancilar, em

relação às suas convenções e tratados? Será possível que um novo Protocolo à Convenção de Genebra, futuramente ratificado pelo país, venha a ter hierarquia superior à própria Convenção de Genebra, já inserida no ordenamento brasileiro? Por fim, qual seria a utilidade de uma Emenda Constitucional com efeito “ex nunc” quando o Brasil já ratificou praticamente todos os principais tratados de direitos humanos? (Costa, 2005)

Como é sabido, o Supremo Tribunal Federal, mantém, desde o julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004 de 1977, o entendimento de que os tratados internacionais possuem o mesmo grau hierárquico que a Lei federal ordinária, tendo mantido esta posição mesmo após a Constituição de 1988, em seu artigo 5, parágrafo 2º dispor 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”. Com o advento do parágrafo 3º ao artigo 5º a interpretação de que os tratados de direitos humanos ratificados e aderidos pelo Brasil já possuem, por força do parágrafo 2º do mesmo artigo, natureza de norma constitucional quanto à matéria é reforçada pelo fato de que seria ilógico que os protocolos às convenções de direitos humanos ratificados pelo Brasil tenham vigência de norma constitucional enquanto às convenções as quais são subordinados permanecem no patamar infraconstitucional (Jardim, 2005).

Valério de Oliveira Mazzuoli afirma que o parágrafo 2º do artigo 5º é uma cláusula aberta que permite a admissão dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos enquanto normas constitucionais porque, na medida em que o texto constitucional diz que os direitos e garantias fundamentais do artigo 5º não excluem aqueles que se encontram nos tratados ratifi-

¹⁷ Decreto n. 4388/02 (Estatuto de Roma) Art. 77: Penas Aplicáveis. 1. Sem prejuízo do disposto no artigo 110, o Tribunal pode impor à pessoa condenada por um dos crimes previsto no artigo 5º do presente Estatuto uma das seguintes penas:

a) Pena de prisão por um número determinado de anos, até o 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. [...] (Brasil. **Decreto n. 4388...**, 2002)

¹⁸ Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 5º [...]

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: [...] (Brasil. **Constituição...**, 2003)

cados pelo Brasil, ele está conferindo aos direitos presentes nesses tratados a mesma qualificação jurídica dos demais direitos e garantias presentes no artigo 5º sendo esses tratados, portanto, normas constitucionais em sentido material. Neste raciocínio o parágrafo 3º, por sua vez, vem para atribuir validade formal a textos que já são materialmente constitucionais, com a previsão da maioria qualificada no lugar da maioria simples para a aprovação dos tratados de direitos humanos. Os efeitos dessa validade formal, segundo Mazzuoli, seriam a possibilidade dos tratados, à semelhança das emendas constitucionais, poderem revogar artigos da Constituição e o seu reconhecimento enquanto cláusulas pétreas, por terem se tornado formalmente normas constitucionais que dispõem sobre direitos e garantias individuais. Reconhecendo-se os tratados de direitos humanos aprovados nos termos do parágrafo 3º do artigo 5º como cláusulas pétreas esses se tornariam normas irrevogáveis no plano jurídico interno e, conseqüentemente, tratados indenunciáveis no plano internacional (Mazzuoli, 2005).

Aliás, a prática constitucional em outras searas torna aceitável que a determinação da hierarquia dos tratados de direitos humanos seja igualmente afastada do entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre os tratados em geral após a Emenda n. 45. Neste mister, a interpretação da hierarquia das normas do Código Tributário Nacional após a Constituição Federal de 1988 é paradigmática. Assim como os tratados de direitos humanos, o Código Tributário Nacional foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro através de um procedimento legislativo formalmente inferior ao patamar normativo posteriormente conferido à matéria. Deste modo, como no caso dos tratados de direitos humanos, norma constitucional ulterior veio normatizar acerca do patamar hierárquico da matéria regulada. O artigo 146, III da Constituição dispõe que a edição de normas gerais em matéria tributária é de competência de Lei Complementar. Nas palavras de Sacha Calmon Navarro Coelho: “Como se vê, o Código Tributário Nacional surgiu no mundo jurídico como Lei Ordinária. Ocorre que, ao dispor, desde então, sobre matérias que hoje são privativas de Lei Complementar, tem-se por assente que é uma ‘*ratione materiae*’” (Coelho, 2005, p. 450). Isto não significa que o Código Tributário Nacional “transformou-se” em

Lei Complementar, mas, sim, que suas disposições somente poderão ser alteradas por lei complementar à Constituição. Da mesma forma, sendo normas constitucionais quanto à matéria, os tratados de direitos humanos, a partir da Emenda n. 45, só poderão ser ter seu conteúdo revogado por Emenda Constitucional, visto que este é o quórum determinado pela Constituição à partir da Emenda.

Assim, ao prever aos tratados de direitos humanos as limitações procedimentais existentes para as emendas à Constituição, o parágrafo 3º do artigo 5º cria duas categorias de tratados de direitos humanos: os materialmente constitucionais, ratificados antes do advento da Emenda n. 45/2004, que gozam desta qualidade por força do parágrafo 2º do artigo 5º e os formalmente constitucionais, ratificados segundo o parágrafo 3º do artigo 5º. Neste sentido, a análise do advento da Emenda n. 45 para a matéria leva o estudioso que com ela se depara a concluir que o objetivo da nova norma jurídica foi se contrapor à interpretação do Supremo Tribunal Federal acerca da hierarquia dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica brasileira. Nas palavras de Tarciso dal Maso Jardim:

Em relação aos tratados já ratificados ou a ele aderidos, que envolvem os principais instrumentos internacionais até agora negociados, pois restam poucos tratados de relevo para serem ratificados pelo Brasil, a postura deve ser de considerá-los todos como constitucionalizados, como na verdade já o eram antes da reforma constitucional, apesar da recalitrância conservadora do STF (Jardim, 2005).

Não obstante, o parágrafo 3º do artigo 5º não foi bem recebido pela doutrina devido a uma série de novas dificuldades que trouxe para a regulamentação das normas internacionais de direitos humanos no Brasil. O modelo de recepção de tratados no ordenamento adotado pela Emenda n. 45 é uma cópia parcial daquele utilizado na Revisão da constituição argentina de 1994 (Jardim, 2005). O artigo 75 (22) da Constituição Federal da República Argentina garante hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos ratificados por aquele país quando aprovados com maioria qualificada de emenda constitucional (Gomes, 2005, p. 73).

No entanto, estes tratados não poderão revo-
gar normas da primeira parte da constituição argenti-
na, devendo ser interpretados de forma complementar
aos direitos previstos no bojo da própria constituição
daquele país. Em relação aos tratados já ratificados
anteriormente, contudo, o modelo tem a vantagem de
enumerar expressamente os tratados anteriormente
ratificados pela Argentina que possuem hierarquia cons-
titucional, o que confere maior segurança jurídica (Go-
mes, 2005, p. 66).

Mesmo assim, o sistema traz consigo a incon-
gruência de destinar tratamentos jurídicos diferentes a
uma mesma classe de normas jurídicas, como apontou
Antônio Augusto Cançado Trindade na III Conferên-
cia Nacional de Direitos Humanos, já em 1998:

Não surpreende que os próprios juristas argenti-
nos venham recentemente apontando as insufici-
ências do artigo 75 (22) de sua Constituição, nela
inserido naturalmente na melhor das intenções.
Têm observado, por exemplo, que há uma certa
incoerência em reconhecer a alguns tratados hie-
rarquia constitucional e a outros tão somente o
nível infraconstitucional (Trindade *apud* Jardim,
2005).

Esta diferenciação entre os tratados de direitos
humanos pode resultar em uma crítica a esse dispositi-
vo da Emenda n. 45 quando se constata que a inter-
pretação anterior realizada pela doutrina em relação
ao parágrafo 2º do artigo 5º concedia “status” de nor-
ma constitucional a todos os tratados de direitos hu-
manos já ratificados pelo Brasil. Desta forma, o pará-
grafo 3º, ao fazer a diferenciação entre os tratados,
veio a restringir o sentido do parágrafo 2º. Como o
artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV da Constituição diz
que não será objeto de deliberação projeto de emen-
da que venha a abolir direitos e garantias fundamentais
seria possível, em tese, pleitear a inconstitucionalidade
do parágrafo 3º do artigo 5º porque, ao restringir a
abrangência do parágrafo 2º, estariam sendo atingidos
por consequência os direitos e garantias individuais
presentes no bojo dos tratados ratificados pelo Brasil
anteriormente à Emenda n. 45 (Sgarbossa, 2005).

Acerca dessa crítica, contudo, deve-se ponderar dois pontos. O primeiro tange ao fato de que a interpretação do parágrafo 2º do artigo 5º que conce-

de hierarquia constitucional aos tratados de direitos
humanos nunca foi aceita pelo Supremo Tribunal Fe-
deral. Até a publicação da Emenda nº 45, os tratados
de direitos humanos possuíam, de fato, hierarquia de
lei ordinária. O segundo, e mais importante, ponto a
ser ponderado destaca o vício de inconstitucionalidade
formal que inquinava a proposta de hierarquia consti-
tucional dos tratados de direitos humanos em razão da
matéria regulada devido à adoção de um procedimen-
to legislativo infra-constitucional em sua inserção (Sil-
va, 2003, p. 382).

Portanto, malgrado existam problemas com a
redação adotada no parágrafo 3º do artigo 5º é exa-
gerado dizer que ele realmente tenha significado um
retrocesso para a matéria. Primeiro porque o parágra-
fo 3º dirimiu (pelo menos a partir de agora) a dúvida
acerca da hierarquia dos tratados de direitos huma-
nos, balizando o entendimento jurisprudencial do Su-
premo Tribunal Federal. Além disso, o parágrafo 3º
ataca a inconstitucionalidade formal que dificultava a
concessão de hierarquia constitucional aos tratados de
direitos humanos.

Além da dificuldade em ter se criado duas cate-
gorias de tratados de direitos humanos dentro do
ordenamento jurídico brasileiro e da acusação de in-
constitucionalidade, o texto do parágrafo 3º do artigo
5º também lança dúvidas acerca da natureza do pro-
cedimento legislativo a ser adotado aos tratados
de direitos humanos. A primeira dúvida está em se de-
terminar se deve-se ou não reencaminhar os tratados
já ratificados pelo Brasil à votação pelo Congresso
Nacional para que, a partir da maioria de três quintos,
possam ser formalmente considerados como emendas
constitucionais. Valério de Oliveira Mazzuoli defende
a aprovação em bloco dos tratados de direitos huma-
nos já ratificados (Mazzuoli, 2005). Tarciso dal Maso
Jardim, por sua vez, entende que é impróprio encami-
nhar para nova aprovação tratados aos quais o Brasil
já está comprometido (Jardim, 2005). Imaginem-se as
possíveis consequências se um tratado já ratificado e
submetido à nova votação não conseguir nem a maio-
ria simples em votação no Congresso.

A segunda dúvida refere-se ao procedimento le-
gislativo ao qual o tratado de direitos humanos deverá
ser submetido em seu processo de ratificação. Deverá
haver a previsão de maioria qualificada dentro do pro-

cedimento do decreto legislativo e, em caso de não aprovação, de submissão do tratado à votação por maioria simples. Além disso, deverá ser incluída uma cláusula de vigência do tratado enquanto emenda constitucional condicionada à ratificação pelo Presidente da República, para evitar que um tratado se converta em norma constitucional no plano interno e que não venha a ser ratificado pelo Brasil (Jardim, 2005). Paira, contudo, a ameaça de condução política devido ao excessivo poder que o Congresso terá para definir a hierarquia do tratado que lhe estará sendo submetido à votação (Lopes, 2005).

Desta forma, malgrado seus defeitos, a Emenda n. 45 veio, através do parágrafo 3º, trazer duas contribuições: a primeira foi sanar o vício da inconstitucionalidade formal que pairava sobre a interpretação de que os tratados de direitos humanos deveriam ser considerados como norma de hierarquia constitucional em razão do parágrafo 2º do artigo 5º. A segunda contribuição foi complementar o sentido do parágrafo 2º ao explicitar que os tratados de direitos humanos são normas de eficácia constitucional em razão da matéria. Isto significa que as normas infra-constitucionais não podem mais revogar os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, porque estas possuem eficácia de norma constitucional. Tal interpretação do parágrafo 3º, além de respaldada pela práxis constitucional é acorde com a leitura teleológica exigida pelo texto constitucional.

5. A inserção do Estatuto de Roma após a emenda constitucional nº 45

Frente à ordem jurídica brasileira, especialmente a Constituição Federal, o Estatuto de Roma é considerado um tratado de direitos humanos porque seu objetivo é a proteção internacional dos direitos humanos, visto que o objeto jurídico protegido nos crimes sobre os quais possui competência são direitos humanos fundamentais como o direito à vida, o direito à liberdade e o direito à integridade física (Ramos, 2000, p. 256 e 260).

Em vista disso, pode-se dizer que o Estatuto de Roma também se beneficiou da dignidade constituio-

nal que o parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição conferiu aos tratados de direitos humanos. O parágrafo 4º, o qual dispõe que “O Brasil se submeterá à jurisdição de tribunal penal internacional a cuja criação tenha manifestado adesão” deve ser interpretado em consonância com o parágrafo 3º, imediatamente anterior, conferindo, assim, eficácia de norma constitucional ao Estatuto de Roma.

Aliás, não poderia ser de outra forma pois, se o legislador entendesse que o Estatuto de Roma deve permanecer no patamar de uma lei ordinária federal, conforme o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, não teria incluído o parágrafo 4º no artigo 5º da Constituição, visto que a aceitação pelo Brasil da jurisdição do Tribunal Penal Internacional já se encontra disposta no Decreto n. 4388/02, que inseriu o Estatuto no ordenamento jurídico brasileiro, sendo este o procedimento utilizado para a inserção de tratados em geral. Portanto, uma interpretação do parágrafo 4º que não confira ao Estatuto de Roma uma interpretação diferenciada quanto a hierarquia significa uma afronta às técnicas interpretativas constitucionais, como o princípio da máxima eficácia da norma constitucional ou o brocardo que afirma que na Constituição não existem dispositivos ociosos.

Assim, considerando o Estatuto de Roma como um tratado de direitos humanos e, por força da interpretação do parágrafo 4º do artigo 5º combinado com o parágrafo 3º do mesmo artigo, pode-se afirmar que as normas que dispõem sobre a atuação do Tribunal Penal Internacional, inseridas na ordem jurídica brasileira pelo Decreto nº 4388/02, foram revestidas de eficácia de norma constitucional pela Emenda Constitucional nº 45. Desta forma, é imperioso retomar o estudo sobre os pontos de incompatibilidade entre o Estatuto de Roma e a ordem jurídica brasileira para averiguar se a Emenda nº 45 conseguiu contorná-los, harmonizando a legislação sobre a matéria.

A partir do parágrafo 4º do artigo 5º pode-se dizer que a imprescritibilidade do genocídio, dos crimes contra a humanidade e dos crimes de guerra encontra-se positivamente estabelecida na ordem jurídica brasileira tendo em vista que a norma que regula o instituto da prescrição é infra-constitucional. Em verdade, não há no artigo 5º um inciso que regule ou proteja o instituto da prescrição, mas apenas

exceções expressas à norma disposta no Código Penal. Estas exceções ao invés de contrapor, apenas reforçam o sentido das normas do Estatuto de Roma. Com a inclusão do parágrafo 4º no artigo 5º, além do crime de racismo e da ação armada contra o Estado de Direito passam a figurar como constitucionalmente imprescritíveis os crimes sob a competência do Tribunal Penal Internacional.

Os foros especiais e as imunidades do artigo 53 da Constituição também são atingidas pela Emenda Constitucional n. 45. O texto constitucional fala que o Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional. E submeter-se à jurisdição significa aceitar os termos em que a função jurisdicional será exercida pelo Tribunal Penal Internacional. Isto significa a desconsideração das imunidades e dos foros especiais nos termos do Estatuto. Desta forma, considerando que, com relação às normas constitucionais regulamentadoras dos privilégios citados, a norma do Estatuto de Roma, a qual foi conferida a eficácia de norma constitucional, é mais específica (refere-se apenas aos crimes sob competência do Tribunal Penal Internacional) e posterior pode-se concluir pela revogação parcial do artigo 53 e assemelhados da Constituição, ou seja, as imunidades e os foros especiais não podem mais ser alegadas perante o Tribunal Penal Internacional.

Quanto ao instituto da coisa julgada, uma leitura superficial do artigo 21 do Estatuto de Roma é suficiente para constatar que o Tribunal Penal Internacional respeita o instituto da coisa julgada, acionando sua tutela complementar apenas no caso de fraude no procedimento judicial nacional. Como o Poder Judiciário também não aceita a fraude na prolatação de suas sentenças parece claro que a oposição ao artigo 21 do Estatuto não se fundamentava no desejo de se defender sentenças judiciais duvidosas mas, sim, na possibilidade de que o Poder Judiciário Brasileiro tenha suas decisões contestadas por um órgão estranho à sua estrutura. Com a Emenda n. 45 esta discussão se encerra na seara jurídica. Em matéria de direitos fundamentais o Brasil não apenas reconhece mas expressamente se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, prevendo assim a revisão da coisa julgada declarada pelo Judiciário nacional nos casos previstos no artigo 21 do Estatuto de Roma.

Entretanto, a Emenda n. 45 não teve a possibilidade de resolver as principais questões sobre a inserção do Estatuto de Roma na ordem jurídica brasileira. Enquanto cláusula pétrea, a vedação da pena de prisão perpétua não pode ser contornada por uma Emenda Constitucional, assim como a previsão constitucional da individualização das penas, contrária a previsão do Estatuto de Roma a respeito do assunto.

Outra importante questão não resolvida refere-se a similitude entre os institutos da extradição de um indivíduo ao Poder Judiciário de um Estado estrangeiro e a entrega de um indivíduo para julgamento pelo Tribunal Penal Internacional. O legislador aqui esteve no difícil dilema entre inserir o instituto da entrega no texto constitucional (tendo como provável consequência um ação de controle de constitucionalidade) a alternativa de silenciar a respeito do assunto. Escolhendo pela lacônica redação do parágrafo 4º do artigo 5º, garantiu-se a tramitação segura da Emenda n. 45, postergando a discussão do problema para um momento posterior. Perdeu-se, todavia, a chance de se harmonizar a questão no patamar constitucional aonde ela verdadeiramente se encontra. Como consequência, a omissão da Emenda nº 45 perpetua a lacuna do ordenamento jurídico nacional em torno da regulamentação do procedimento judicial para a entrega de um nacional ao Tribunal Penal Internacional. Tal situação força o intérprete a recorrer ao procedimento integrativo da analogia, o que conduz à norma que regula situação semelhante à entrega do indivíduo ao Tribunal, ou seja, ao dispositivo constitucional que proíbe a extradição de brasileiros vedando, desta forma, a entrega de brasileiros ao Tribunal. Pela mesma razão, a omissão da previsão constitucional do instituto da entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional sujeita a regulamentação infra-constitucional porventura apresentada sobre o tema aos procedimentos de controle de constitucionalidade.

Persistem, destarte, três incisos do artigo 5º que, por seu caráter de cláusula pétrea, não foram harmonizados pela Emenda Constitucional n. 45. O resultado desta situação é que a Reforma Constitucional não pôde harmonizar as antinomias que resultam na incompatibilidade do Estatuto de Roma com a Constituição Federal.

Conclusão

Não obstante a conclusão apresentada acima, dois pontos merecem ser destacados para melhor compreensão do problema tratado neste artigo. Em primeiro lugar, o fracasso na harmonização do Estatuto de Roma com a Constituição Federal não pode ser inculcado ao trabalho do legislador, pois é resultante de cláusulas pétreas e estas situam-se além dos limites de reforma possíveis ao Poder Constituinte Derivado. Em segundo lugar, muito embora sob o ponto de vista dogmático as antinomias apontadas estejam presentes, não se pode dizer que elas realmente existam se considerarmos a questão sob o prisma da eficácia da norma jurídica. O princípio da complementaridade que, através de seus desdobramentos, determina as situações em que a tutela do Tribunal Penal Internacional será exercida, exige que a norma constitucional que proteja os direitos fundamentais esteja ineficaz, devido à omissão ou recusa dos órgãos estatais em aplicá-la, para que a norma do Estatuto de Roma seja aplicável. Portanto, não há, em verdade, antinomia normativa, pois a antinomia, para configurar-se, exige identidade entre os campos de incidência destas duas normas e esta no caso do Estatuto de Roma não existe porque só haverá campo de incidência para a norma do Estatuto após o campo de incidência da norma constitucional ser suprimido pela conduta de seus órgãos aplicadores.

Esses dois pontos demonstram que o cerne do problema da inserção do Estatuto de Roma na ordem jurídica brasileira não se encontra no conteúdo das normas do Estatuto de Roma mas, sim, na carência de disposições constitucionais sobre a inserção de normas internacionais no ordenamento jurídico nacional. Redigida pouco antes da Queda do Muro de Berlim (e durante as primeiras negociações do MERCOSUL), a Constituição não previu o ritmo acelerado das transformações sofridas pelo Direito Internacional. Voltado para a nossa realidade interna de desrespeito aos direitos humanos, o legislador constituinte buscou garantir as normas que os garantiam com uma condição diferenciada. Ao fazer isso, no entanto, subordinou as conquistas obtidas nos tratados internacionais de direitos humanos à interpretações embasadas nas velhas correntes monistas e dualista. Com isso, o Sistema

Constitucional de Direitos Humanos passa ao largo da permeabilidade jurídica entre os ordenamentos nacional e internacional, prevista no Estatuto de Roma, preservando nas normas constitucionais de direitos humanos o paradoxo da idéia de autolimitação estatal.

Em vista disso é necessário adequar a interpretação do texto constitucional às necessidades e aos desafios vivenciados na proteção aos direitos humanos. A desigualdade econômica e a radicalização dos movimentos sociais alertam que a sociedade brasileira não se encontra imune à ocorrência das graves violações aos direitos humanos sob a competência do Tribunal Penal Internacional. Para que sua tutela complementar não seja contestada e a ação do Tribunal não seja embaraçada pelas questões discutidas neste trabalho justamente no momento em que ela for mais necessária é imprescindível que as técnicas interpretativas constitucionais se compatibilizem com a permeabilidade jurídica entre as ordens jurídicas nacional e internacional, inerente ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. Esta não é uma tarefa para uma Emenda Constitucional mas, sim, para a doutrina e para a jurisprudência. É através do diálogo entre as diferentes opiniões nestas duas esferas da atividade jurídica que se poderá obter um entendimento que venha a efetivar em nosso ordenamento jurídico as conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

1. AMARAL JÚNIOR, A. do. **O Direito de Assistência Humanitária**, São Paulo, 2001, Tese (Livre Docência) Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito, f. 232.
2. AMBOS, Kai. Os Princípios Gerais de Direito Penal no Estatuto de Roma. CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Org.). **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 25-61.
3. BOBBIO, N. **Teoria do Ordenamento**. Brasília : UNB, 1997, p. 116.
4. CERNICCHIARO, L. V. A Pena de Prisão Perpétua no Tribunal Penal Internacional. **Revista CEJ** n. 11, p. 37-40, mai./ago. 2000.
5. COELHO, S. C. N. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. São Paulo : Forense, 2005, p. 450.
6. COMPARATO, F. K. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo : Editora Saraiva, 1999.
7. COSTA, A. C. **A Emenda n. 45 e os tratados de direitos**

- humanos.** Informação obtida no endereço <www.relnet.com.br> no dia 20 de Março de 2005.
8. FRULLI, M. O Direito Internacional e os Obstáculos à Implantação de Responsabilidade Penal para Crimes Internacionais. CASSESE, A.; DELMAS-MARTY, M. (Org.). **Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais.** Barueri : Manole, 2004, p. 269-327.
9. GOMES, E. B. O artigo 5º parágrafo 3º da Constituição Federal, uma análise a partir do direito comparado argentino. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UNIBRASIL.** V.4, n. 4, jan-dez 2005, p. 65 a 74.
10. GUSKOW, M. O **Tribunal Penal Internacional e os futuros problemas a enfrentar em relação à soberania nacional.** Texto apresentado em Audiência Pública da Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional sobre o Tribunal Penal Internacional em janeiro de 2000. Disponível em: <http://www.senado.gov.br> Acesso em: 26 de março de 2002.
11. **International Court of Justice Press Release,** n. 2002/4bi. Disponível em: <http://www.icj-cij.org> Acesso em: 12/08/2004.
12. JARDIM, T. M. “**Constitucionalização**” de tratados sobre direitos humanos: parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.debater.org.br/Frames/Conteudos/Outros/Direito/Constitucionalizacao_de_tratos.shtml> Acesso em 12/03/06.
13. LATTANZI, F. Competence de la Cour Penale Internationale et Consentement des Etats. **Revue General de Droit International Public,** n. 2, p. 425-444, 1999.
14. LOPES, A. H. C. **A força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos e a Emenda Constitucional n. 45/2004.** Disponível em: <http://www.jusnavigandi.com.br> Acesso em 12/03/05.
15. MAIA, M. **Tribunal Penal Internacional: Aspectos Institucionais, Jurisdição e Princípio da Complementaridade.** Belo Horizonte : Del Rey, 2001.
16. MAZZUOLI, V. O. **Reforma do Judiciário e os Tratados de Direitos Humanos.** Disponível em: <http://www.diex.com.br/portal/artigos_det.asp?id=20050530105755564> Acesso em: 13/03/06.
17. MELLO, C. D. A. **Curso de Direito Internacional Público.** 12. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
18. MIRANDA, J. A incorporação ao Direito interno de instrumentos jurídicos de Direito Internacional Humanitário e Direito Internacional dos Direitos Humanos. **Revista CEJ,** n. 11, p. 23-26, maio./ago. 2000.
19. NASCIMENTO E SILVA, G. E. A incorporação ao Direito interno de instrumentos jurídicos de Direito Internacional Humanitário e Direito Internacional dos Direitos Humanos. **Revista CEJ,** n. 11, p.20-22, maio/ago. 2000.
20. PAULUS, A. L. Legalist Groundwork of the International Criminal Court. **European Journal of International Law,** v. 14, n. 4, p. 843-860, 2003.
21. PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional.** São Paulo : Max Limonad, 2000.
22. RAMOS, A. C. O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira *In:* CHOUKR, F. H.; AMBOS, K. (Org.) **Tribunal Penal Internacional.** São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000. p. 245-288.
23. RANGEL, V. M. **Direito e Relações Internacionais.** 4. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993.
24. RODAS, J. G. A extradição de brasileiro para o Tribunal Penal Internacional. **Revista CEJ,** n. 11, p. 32-35, maio/ago. 2000.
25. SABÓIA, G. V. A Criação do Tribunal Penal Internacional. **Revista CEJ,** n. 11, p. 6-13, maio/ago. 2000.
26. SCHABBAS, W. A. **An Introduction to the International Criminal Court.** Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
27. SGARBOSSA, L. F. **A Emenda Constitucional nº 45/04 e o novo regime jurídico dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos.** Informação obtida no endereço <www.jusnavigandi.com.br> no dia 15 de Abril de 2005.
28. SILVA, P. N. N. **Curso de Direito Constitucional.** 3. ed. rev. atual. e ampliada. Rio de Janeiro : Forense, 2003.
29. SOARES, G. F. Imunidades de jurisdição e foro por prerrogativa de função. **Revista CEJ,** n. 11, p. 55-58, maio/ago. 2000.
30. **Supremo Tribunal Federal condiciona extradição de Maurício Norambuena à comutação da pena de prisão perpétua.** Press Release do Departamento de Imprensa do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.gov.br> Acesso em: 28/10/2004.
31. SUNGA, L. S. Competência “Ratione Materiae” da Corte Internacional Criminal *In:* CHOUKR, F. H; AMBOS, K. (Org.). **Tribunal Penal Internacional.** São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 191-218.
32. VIEIRA, O. V. Imunidades de jurisdição e foro por prerrogativa de função. **Revista CEJ,** n. 11, p. 59-64, maio/ago. 2000.