

A internalização do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional no ordenamento jurídico brasileiro: desafios à jurisdição constitucional interna

Christiana Galvão Ferreira de Freitas

I. A configuração da ordem internacional face ao processo de internacionalização do direito penal

Ao longo de todo o século XX, os desafios e as limitações de se processar graves violações aos direitos humanos de transcendência internacional no âmbito da jurisdição interna dos Estados, levaram organizações intergovernamentais e os próprios Estados a criarem, de tempos em tempos, tribunais penais internacionais que pudessem julgar tais violações, responsabilizando penalmente indivíduos e não Estados, pelo seu cometimento.

Apesar de Kelsen ter proposto a criação de um tribunal penal internacional permanente para julgar as atrocidades ocorridas durante a 2ª Guerra Mundial (1939-1945)¹, tal proposta consolidou-se somente no final dos anos 90, com a criação do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional Permanente, em 1998. Até então, os tribunais penais internacionais haviam sido instituídos para casos específicos, daí serem chamados de tribunais *ad hoc*².

Para entendermos o alcance da novidade representada pelo TPIP e a natureza das questões político-jurídicas que ele levanta tanto no que refere-se à configuração das

¹ Kelsen, Hans, *Peace through Law*, Chappel Hill, The University of California Press, 1944.

² Para julgar os crimes cometidos durante a 2ª Guerra Mundial, foram criados os Tribunais Militares de Nurembergue (1945) e de Tóquio (1946). Em 1993, o Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (ONU), por meio da Resolução n. 808, criou o Tribunal Penal para Ex-Iugoslávia, a fim de investigar, processar e punir os responsáveis pelas graves violações ao direito internacional humanitário, ocorridas no território daquele Estado. Em 1994, por meio da Resolução n. 955, o Conselho de Segurança da ONU criou o Tribunal Penal Internacional para Ruanda, a fim de apurar os crimes cometidos durante o genocídio naquele país que resultou na morte de cerca de 500 mil a um milhão de ruandeses da etnia tutsi.

relações internacionais, quanto à construção do imaginário coletivo enquanto nação, este projeto encontra na análise de Hedley Bull acerca da ordem internacional na sociedade contemporânea seu marco teórico referencial. Em sua investigação sobre a natureza da ordem na política mundial, Bull chama de ordem internacional a ordem de uma sociedade de Estados e a considera como um elemento da ordem mundial, sendo esta mais abrangente e mais primordial, visto que, em última instância, a unidade da sociedade de toda a humanidade não são os Estados, mas sim os indivíduos. Assim, se a ordem internacional da sociedade de Estados tem como função principal preservar o sistema e a sociedade de Estados através da manutenção da independência ou da soberania externa dos Estados nacionais com o fim de evitar a guerra e atingir a paz, essa ordem só tem valor na medida em que é um meio para o alcance da ordem mundial, ou seja, da sociedade de toda a humanidade.

Bull afirma que o sistema internacional moderno reflete três elementos distintos, respectivamente, das tradições hobbesiana, kantiana e grotiana: o elemento da guerra e do conflito pelo poder entre os Estados; o elemento do cosmopolitismo e do conflito atravessando as barreiras interestatais; e o elemento da cooperação e intercâmbio regulado entre Estados³. Embora predominante, a idéia de sociedade de Estados não é a única presente no sistema internacional e vem se confrontando sempre com as outras idéias rivais. Assim, “a *ordem numa escala mundial requer (...) que uma ou outra destas idéias básicas esteja claramente prevalecendo sobre as outras*”⁴.

Considerando que o Tribunal Penal Internacional toma os indivíduos como portadores de direitos e supõe a criação de mecanismos universais para garantir a proteção dos direitos humanos no plano internacional, a concepção dessa Corte está intimamente vinculada à visão kantiana de configuração da ordem internacional. Ora, pelo fato das outras duas visões (hobbesiana e grotiana) terem sido claramente predominantes no processo de constituição da ordem internacional presente, a criação do TPIP lança luz sobre tensões e levanta questões complexas para as quais não é possível encontrar respostas fáceis.

³ BULL, Hedley, *The Anarchical Society. A Study of Order in World Politics*. New York, Columbia University Press, 1977, p.41. (T.A.)

⁴ Idem, p.68. (T. A.)

Entre a implementação de modelos persecutórios e reconciliatórios para lidar com inúmeros conflitos de caráter não-internacional e internacional ocorridos nas últimas décadas, pode-se considerar a criação do TPIP como uma evolução do sistema internacional penal em resposta a uma complexidade cada vez maior da ordem mundial. Entretanto, o fato de o Tribunal ser competente para exercer sua jurisdição apenas sobre Estados-partes do tratado, bem como sobre determinados crimes de transcendência internacional, gera questões. Entre elas, destaca-se a possibilidade de constituição de um Estado de Direito no âmbito internacional com base na expropriação da jurisdição interna dos Estados em casos específicos e, conseqüentemente, a legitimidade de sua atuação face à seletividade de esforços empreendidos.

II. O Tribunal Penal Internacional Permanente (2002): uma breve caracterização da instituição

Aos 17 dias de julho de 1998, cerca de 160 países, 17 organizações intergovernamentais, 14 agências especializadas e fundos das Nações Unidas e 124 organizações não-governamentais, reuniram-se na cidade de Roma, com o objetivo de estabelecer as bases para a instituição de um Tribunal Penal Internacional Permanente (TPIP)⁵. A lei orgânica do Tribunal, também chamada de Estatuto de Roma, passou a ter vigência em 1º de julho de 2002, após ter alcançado o número mínimo de sessenta ratificações necessárias para sua entrada em vigor, em 11 de abril de 2002⁶. Até o 1º de agosto de 2009, 110 Estados haviam ratificado o Estatuto de Roma⁷. O Brasil foi o 94º país a assinar o Tratado (2000), e sua adesão se deu em 12 de junho de 2002.

O Estatuto de Roma consiste em um acordo multilateral composto de uma série de normas relativas à competência, jurisdição e ao funcionamento do TPIP. De acordo com o Preâmbulo do Estatuto, o estabelecimento do TPIP surge como uma iniciativa de

⁵ Todos os artigos citados ao longo deste projeto referem-se ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional Permanente (1998), salvo exceções que serão expressamente mencionadas. (N. A.).

⁶ O Estatuto de Roma foi aprovado por meio de uma votação não registrada por 120 votos a favor, 7 contra (Estados Unidos da América, China, Israel, Iraque, Quatar, Iêmen e Líbia) e 21 abstenções (dentre as quais, Índia, Turquia, Irã, Sudão, Síria e Egito). N. A.

⁷ A lista dos Estados-Partes está disponível no sítio eletrônico a seguir: <http://www.icc-cpi.int/Menus/ASP/states+parties/>, baseada em grupos regionais organizados pela Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas está disponível no endereço eletrônico. Acesso em 15 de junho de 2010.

Estados que, ao reconhecerem a gravidade dos crimes de violação dos direitos humanos e sua constante ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade, estão decididos a erradicar a impunidade dos autores desses crimes e a assegurar a defesa e proteção desses direitos nos planos nacional e internacional.

A adesão ao Estatuto de Roma impõe ao Estado uma séria pré-condição, que o distingue de outros tratados na área das relações internacionais: a não admissão de reservas (art. 120). Além do princípio da complementariedade às jurisdições nacionais dos Estados, vale ressaltar outros da Corte, dentre eles: i. princípio *ne bis in idem*, que proíbe o duplo julgamento pelo cometimento de mesmo crime, salvo se o primeiro julgamento não tiver sido conduzido de forma independente ou imparcial (art. 20); ii. princípio da irrelevância da qualidade oficial, que prevê a aplicabilidade do Estatuto de forma igual a todas as pessoas, sem distinção alguma baseada na qualidade oficial (artigo 27). De acordo com o art. 34 do Estatuto, são órgãos do TPIP: (a) a Presidência; (b) uma Seção de Apelações, uma Seção de Julgamentos e uma Seção de Instrução; (c) o Gabinete do Promotor; e (d) a Secretaria.

O TPIP é uma instituição permanente, facultada a exercer sua jurisdição complementar sobre indivíduos com relação aos crimes mais graves de transcendência internacional (art. 1), a saber: genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e crimes de agressão (art. 5). Trata-se de uma instituição dotada de personalidade e capacidade jurídicas no plano internacional para o exercício de suas funções (art. 4.1). A admissibilidade dos casos se dará quando houver: (i) omissão por parte do Estado em responsabilizar criminalmente o indivíduo pelo cometimento do crime (art.17.1.b), (ii) atuação por parte do Estado no sentido de subtrair a responsabilidade criminal do indivíduo pelo cometimento do crime (17.2.e), (iii) ausência de imparcialidade e independência no julgamento (art.17.2.c) e, (iv) demora injustificada ou incapacidade do Estado de investigar e julgar um determinado caso (art. 17. 2.b).

O TPIP exercerá sua jurisdição sobre os crimes anteriormente citados (*ratione materiae*), desde que cometidos após a entrada em vigor do Estatuto de Roma (*ratione temporis*), caso: (a) o crime tenha ocorrido no território de um Estado-Parte do Estatuto (*ratione loci*), ou caso o crime tenha sido cometido a bordo de um navio ou de aeronave de um Estado-Parte (*ratione loci extraterritorialis*) (art. 12.2a); (b) o acusado da prática do crime seja nacional de um Estado-Parte do Estatuto de Roma (art. 12.2. b); ou (c) o

Estado não-parte do Estatuto aceite a jurisdição do Tribunal, nos termos do parágrafo 3º. (arts. 12.2, 2ª parte e 12.3).

O TPIP é competente para processar e julgar os crimes previstos no artigo 5º de seu Estatuto, nos termos do artigo 13, caso: (a) o Estado-Parte comunicar ao Promotor, em conformidade com artigo 14, uma situação em que, aparentemente, tenha sido cometido um ou vários desses crimes; (b) o Conselho de Segurança da ONU, agindo ao abrigo do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, comunicar o Promotor acerca de uma situação em que, aparentemente, tenha sido cometido um ou vários desses crimes; (c) o Promotor instaurar, de ofício, uma investigação sobre um ou vários desses crimes.

Considerando, portanto, que a iniciativa persecutória é atribuição exclusiva do Promotor, observa-se a importância de seu papel na atuação do TPIP. O Promotor é o canal de interlocução entre os Estados-partes, o Conselho de Segurança e o próprio Tribunal. Quando a denúncia é feita por um Estado-membro do Estatuto ou por parte do Conselho de Segurança, o Promotor é obrigado a dar início à investigação, não podendo atuar de maneira discricionária. Todavia, o Estatuto reconhece que o Promotor pode cessar as investigações de um determinado caso, negando sua admissibilidade quando considerar que ele não tem gravidade suficiente para justificar a atuação do Tribunal (art. 17.1 d). Apesar dessa decisão do Promotor ser irrecorrível, vale ressaltar que os crimes sob a jurisdição do TPIP são imprescritíveis e que, portanto, desde que surjam novos elementos para o caso, eles poderão ser reexaminados (art. 29).

O Gabinete do Promotor, órgão autônomo do Tribunal, funciona de forma independente, sendo responsável pelo recebimento das denúncias e das informações fundamentadas sobre crimes do âmbito da jurisdição do Tribunal, pelo seu exame, pela condução de investigações e pela proposição da ação penal junto ao Tribunal (art. 41.1). É chefiada pelo Promotor-Chefe, que tem autoridade plena para dirigir e administrar a Promotoria, sendo auxiliado por Promotores-Adjuntos, que poderão desempenhar funções em conformidade com o Estatuto.

Até o presente momento, o TPIP se ocupa de quatro casos de graves violações aos direitos humanos: norte de Uganda (o caso *Promotoria v Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo and Dominic Ongwen*)⁸, República Democrática do Congo (três casos

⁸ Para ler a denúncia e obter maiores informações sobre o caso do norte de Uganda, ver a <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations+and+Cases/Situations/Situation+ICC+0204/Situation+Index.htm>. Último acesso em 15 de junho de 2010.

Promotora *versus v. Thomas Lubanga Dyilo*; Promotora *v. Bosco Ntaganda*; e Promotora *v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*⁹, República Centro-Africana (o caso da Promotora *v. Jean-Pierre Bemba Gombo*)¹⁰ e região de Darfur, no Sudão (os três casos da Promotora *v. Ahmad Muhammad Harun "Ahmad Harun" e Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman "Ali Kushayb"*; Promotora *v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*; e Promotora *v. Bahr Idriss Abu Garda*)¹¹. Os três primeiros casos foram referidos por Estados-Partes, e, o último, pelo Conselho de Segurança da ONU. Atualmente, o Promotor também realiza investigações preliminares sobre situações em alguns países como o Chade, Quênia¹², Afeganistão, Geórgia¹³, Colômbia e Palestina.

Dois casos analisados foram rejeitados: Venezuela e Iraque¹⁴.

Considerando os casos acima, é possível identificar formas em que a seletividade se manifesta. Quais são os critérios de seletividade para se determinar que a gravidade dos acontecimentos é suficiente para ensejar e legitimar a atuação do Promotor? O critério da seletividade dos casos foi apontado como um dos grandes

⁹ Para ler a denúncia e obter maiores informações sobre o caso da República Democrática do Congo, ver <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations+and+Cases/Situations/Situation+ICC+0104/Situation+Index.htm>. Último acesso em 15 de junho de 2010.

¹⁰ Para ler a denúncia e obter maiores informações sobre o caso da República Centro-Africana, <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations+and+Cases/Situations/Situation+ICC+0105/Situation+ICC-0105.htm>. Último acesso em 15 de junho de 2010.

¹¹ Para ler a denúncia e obter maiores informações sobre o caso de Darfur, no Sudão, ver: <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations+and+Cases/Situations/Situation+ICC+0205/Situation+ICC-0205.htm>

¹² Para maiores informações sobre as investigações no Quênia, ver: <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court/Office+of+the+Prosecutor/Comm+and+Ref/Kenya/>. Último acesso em 19 de agosto de 2009.

¹³ *Prosecutor's Statement on Georgia*. International Criminal Court. Office of the Prosecutor. 14 August 2008. See: <http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/ICC-OTP-20080814-Georgia-ENG.pdf>. Acesso em 25 de agosto de 2008.

¹⁴ No que diz respeito às comunicações sobre a Venezuela, o argumento do Gabinete da Promotora é de que a informação disponível não teria sido suficiente para fazer crer que os crimes alegados pudessem ser submetidos à jurisdição da Corte. Quanto às comunicações sobre Iraque, uma vez que o Estado não é parte do TPIP, esta Corte só poderia exercer sua jurisdição sobre ações ocorridas naquele território, se tivessem sido cometidas por nacionais de Estados-partes. E, apesar do Promotor acreditar que as informações retratavam um número considerável de mortes e tratamentos desumanos, "*the alleged crimes committed by nationals of State Parties in Iraq did not appear to meet the required gravity threshold*". O Promotor justificou sua recusa em submeter o caso à investigação alegando que procedimentos nacionais referentes a cada um dos casos já haviam sido tomados.

desafios da atividade do Tribunal Penal Internacional durante os primeiros anos de sua atuação e configura, ao longo deste trabalho, uma das problemáticas a ser analisada à luz do processo de internalização do Tratado no âmbito das legislações dos Estados-partes, especialmente no Brasil.

III. A ratificação do Tratado do Tribunal Penal Internacional pelo Brasil e o processo de internalização do Tratado no ordenamento jurídico brasileiro

A necessidade de combater a impunidade por meio da implementação de mecanismos persecutórios no plano internacional decorre inicial e primordialmente da incapacidade dos Estados de lidar com o chamado *impunity gap* no âmbito de suas jurisdições internas.

No caso do Brasil, desde a década de 90 do século passado, o Estado vem ratificando uma série de tratados e pactos internacionais de direitos humanos, seja no âmbito regional da Organização dos Estados Americanos¹⁵, seja no universal, da Organização das Nações Unidas¹⁶. E, a partir da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, o país passou a submeter-se à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, do qual é parte¹⁷. A mesma emenda conferiu status constitucional aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos. Assim, diante da necessidade de combater a impunidade de graves violações aos direitos humanos, observa-se que o paradigma da primazia da jurisdição local, baseada nos princípios da territorialidade e da nacionalidade, defendido até então no país, passou a dar lugar a uma nova visão que reconhece “*a necessidade de adesão lenta e gradual a todos os sistemas de supervisão,*

¹⁵ Para mais informações sobre os tratados dos quais o Brasil é parte no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, ver http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sedh/pndh/subsidios/sist_inter/. Último acesso em 15 de junho de 2010.

¹⁶ Para mais informações sobre os tratados e pactos dos quais o Brasil é parte no âmbito do Sistema ONU, ver http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sedh/pndh/subsidios/sist_inter/. Último acesso em 20 de agosto de 2009.

¹⁷ Brasil, Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5º, parágrafo 4º. São Paulo: Ed. Saraiva, 41ª Edição, 2008.

*monitoramento e, até, de acesso jurisdicional internacionais*¹⁸”, para fins da garantia desses direitos. Nesse sentido, de acordo com o jurista alemão Gehrard Werle, não deve haver hierarquia de jurisdições, mas sim simultaneidade. A competição entre elas pode ser saudável, como medida pedagógica para o fortalecimento do sistema judicial¹⁹.

O Estado brasileiro aderiu ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional em julho de 2002, por meio da aprovação, por parte do Congresso Nacional, do Decreto Legislativo nº 112/2002. A ratificação do referido tratado se deu por meio da promulgação do Decreto nº 4.388 de 25 de setembro de 2002.

O processo de ratificação do Tratado do TPIP no Brasil suscitou, inicialmente, questões referentes à sua compatibilidade material com a Constituição Federal de 1988 em basicamente quatro pontos: 1. Duplo julgamento pelo cometimento de mesmo crime; 2. Ampliação do rol dos crimes imprescritíveis; 3. Entrega de nacionais à jurisdição do Tribunal; 4. Previsão de prisão perpétua.

Quanto ao primeiro, questionou-se se a atuação complementar do TPI, após o encerramento dos procedimentos internos, não constituiria ofensa a coisa julgada. Segundo, indagou-se sobre a possibilidade de o Brasil ampliar o rol dos crimes imprescritíveis previstos no art. 5º, incisos XLII e XLIV da Constituição Federal. Em terceiro lugar, alegou-se que a possibilidade de entrega de um brasileiro à jurisdição do TPI poderia constituir ofensa à norma da constituição que veda a extradição de nacionais. Por fim, argüiu-se se a possibilidade de imposição de prisão perpétua pelo TPI não colidiria com o artigo 5º, XLVII, da Carta Magna.

A princípio, advoga-se que todas essas questões tenham sido superadas na época da ratificação do Estatuto de Roma por parte do Estado brasileiro. Argumenta-se que, segundo o artigo 4º da Constituição Federal, o Estado Brasileiro pauta-se nas suas relações internacionais pela prevalência dos direitos humanos e pela cooperação entre

¹⁸ ARAGÃO, Eugênio, A Tutela Federal dos Direitos Humanos no Brasil: Do Discurso à Prática. Disponível em: <http://www.mt.trf1.gov.br/judice/jud2/tutela.htm>, Último acesso em 20 de agosto de 2009.

¹⁹ WERLE, Gerhard, Völkerstrafrecht, S. 71. Nota de rodapé 676 in, ARAGÃO, Eugênio, *Strategien zur Durchsetzung der völkerrechtlichen Verpflichtungen zur Strafverfolgung der Folter am Beispiel Brasiliens. Eine Untersuchung zum Verhältnis zwischen Völkerstrafrecht und Staatenverantwortlichkeit*. Bochumer Schriften zur Friedensicherung um zum Humanitären Völkerrecht, 56, Berliner Wissenschafts-Verlag, página 215.

os povos em sua defesa²⁰. Nesse sentido, cumpre ainda mencionar que o artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias já havia determinado o compromisso do Estado Brasileiro de trabalhar para a criação de um Tribunal Internacional responsável pela proteção dos direitos humanos. Por fim, conforme já mencionado, ao acrescentar o § 4º ao art. 5º da Carta Magna, segundo o qual o Brasil se submete à jurisdição de TPI, a Emenda Constitucional nº 45/2004 tem, inicialmente, o condão de afastar alguns argumentos que poderiam ser levantados quanto à constitucionalidade de alguns dispositivos dos Projetos de Lei apresentados sobre o tema a seguir.

Em 2004, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR) criou Grupo de Trabalho especializado²¹ a fim de elaborar Anteprojeto de Lei do Tribunal Penal Internacional. Em 2007, o Grupo finalizou seus trabalhos ao apresentar o Projeto de Lei n. 4.038/08, de iniciativa do Poder Executivo, que “*dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional e dá outras providências*”²². Atualmente, esse PL tramita apensado ao Projeto de Lei N. 301-A, de 2007, de autoria do Deputado Federal Sr. Dr. Rosinha que “*define condutas que constituem crimes de violação do direito internacional humanitário, estabelece normas para a cooperação judiciária com o Tribunal Penal Internacional e dá outras providências*”²³.

Os pareceres da Comissão de Direitos Humanos e Minorias (relator: Dep. Pedro Wilson), da Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional, (relator: Dep. Claudio Cajado) e da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (relator: Dep.

²⁰ RAMOS, André Carvalho, “O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira” in CHOUKR, Fauze e AMBOS, Kai *Tribunal Penal Internacional*, Editora Revista dos Tribunais, 2000.

²¹ SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS DA PRESIDENCIA DA REPUBLICA. Portaria n. 58 de 10 de maio de 2004, D.O.U. II, de 11 de maio de 2004, p. 2. O Grupo foi composto por renomados juristas representantes do Ministério Público Federal, Ministério Público Militar, Advocacia Geral da União, Casa Civil, Senado Federal, Ministério da Defesa, Ministério das Relações Exteriores e Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

²² MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR, Tribunal Penal Internacional: implementação do Estatuto de Roma no Brasil. Adriana Lorandi (Coord.). Brasília: MPM, 2007, 143 p.

²³ CAMARA DOS DEPUTADOS, Projeto de Lei N. 301-A, de 2007, do Sr. Dr. Rosinha, in *Diário da Câmara dos Deputados*, PP. 18239;18271.

Antonio Carlos Biscaia) são, respectivamente: pela aprovação; pela aprovação com emendas e; pela constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação do PL de nº 4.038/08 apensado às Emendas da Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional, com substitutivo. Contudo, a efetiva internalização do Estatuto de Roma ao ordenamento jurídico interno brasileiro ainda está sujeita à apreciação do Plenário da Câmara dos Deputados.

De forma geral, o Projeto de Lei, em seus 28 artigos, apresenta normas para compatibilizar os compromissos assumidos pelo Brasil com relação ao TPI e sua jurisdição. Inclui, ainda, tipificação de crimes como: genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra cometidos contra pessoas, crimes de guerra cometidos pela utilização de métodos proibidos. Além disso, regulamenta a cooperação entre a República Federativa do Brasil e o TPI.

IV. Desafios à jurisdição constitucional brasileira face à internalização do Estatuto de Roma no ordenamento jurídico interno

Ao ratificar o Estatuto de Roma em junho de 2002, o Estado brasileiro obrigou-se ao cumprimento de seus dispositivos legais a fim de garantir sua implementação. Trata-se do princípio da boa-fé inerente ao *pacta sunt servanda*, essencial ao direito internacional.

O Direito Penal brasileiro é regido pelo princípio da legalidade penal- *nullum crime, nulla poena sine legen* -, segundo o qual Estado só pode processar e julgar indivíduos acusados de cometimento de crime previsto em sua legislação interna. De acordo com esse princípio, para que o Estado brasileiro possa processar e julgar todos os tipos penais previstos no Estatuto de Roma, faz-se necessário incorporar, ao ordenamento jurídico interno, aqueles crimes que ainda não sejam tipificados como tais na legislação nacional.

Até o presente momento, a não internalização de crimes previstos apenas no Estatuto de Roma ao ordenamento jurídico brasileiro impossibilita o processo e o julgamento desses crimes por parte de cortes nacionais. Uma vez que o Estado brasileiro submeteu-se à jurisdição do Tribunal Penal Internacional do qual é parte e,

considerando a complementaridade de sua jurisdição, o cometimento de um crime previsto apenas no Estatuto de Roma poderia provocar a atuação do Tribunal Penal Internacional. Mas, na prática, como poderia se dar essa atuação?

Considerando o estágio atual do processo de internalização do Estatuto de Roma do TPIP ao ordenamento jurídico brasileiro, suponhamos que um nacional brasileiro *A* venha a ser acusado pelo cometimento, em território nacional, de um crime contra a humanidade por escravidão sexual, tipificado apenas no Estatuto de Roma do TPIP e ainda não previsto na legislação ordinária nacional. Primeiramente, o indivíduo *A* não pode ser julgado por cortes nacionais porque o Poder Judiciário brasileiro não tem competência para julgar atos que não sejam previstos como crimes em sua legislação interna. Assim, o Estado brasileiro deveria proceder a sua entrega ao TPIP para julgamento conforme prevê o art. 17 do Estatuto de Roma, que trata da expropriação da jurisdição interna para a competência do TPI.

Ocorre que, pelo fato de aquele ato não ser considerado crime no Brasil, ou seja, diante da inexistência desse tipo penal específico no ordenamento jurídico interno, a defesa do indivíduo *A* poderia alegar a impossibilidade *de jure* de sua entrega à corte internacional para fins de julgamento, pois esta confronta e desrespeita o princípio da legalidade que rege o Direito Penal brasileiro. Assim, sob o argumento da ilegalidade de sua entrega, a defesa poderia impetrar um *habeas corpus* para garantir que o indivíduo *A* não fosse ameaçado de violência ou coagido em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de autoridade, nos termos do art. 5º LXVIII da Constituição Federal.

Além disso, apesar de o Estatuto de Roma diferenciar os institutos da “entrega” e da “extradição” de nacionais²⁴ a fim de evitar incompatibilidade material com legislações internas dos Estados-partes, no caso Brasileiro, considerando a vedação constitucional de extradição de nacionais, a defesa poderia alegar que o instituto da entrega trata-se de uma extradição velada, cujo instrumento de cooperação judiciária nem sequer está previsto na legislação pátria. Como o Estado brasileiro poderia

²⁴ De acordo com o art. 102 do Estatuto, "Por 'entrega' se entenderá a entrega de um indivíduo por um Estado ao Tribunal, em conformidade com o disposto no presente Estatuto; por 'extradição' se entenderá a entrega de um indivíduo por um Estado a outro, em conformidade com o disposto em um tratado, convenção ou no direito interno. Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

proceder essa entrega? Por acordo de cooperação emanado do Poder Executivo para cada caso específico?

O caso em tela não pode, por um lado, ser julgado pelo Poder Judiciário brasileiro e, por outro, não há instrumento jurídico competente para proceder a entrega do indivíduo *A* à Corte Penal Internacional. Essa realidade gera questões político-jurídicas complexas que dizem respeito à jurisdição constitucional e, para as quais não encontraremos respostas fáceis.

Sobre a jurisdição constitucional brasileira, cumpre ressaltar o sistema de controle de constitucionalidade preconizado na Constituição Federal de 1988. Entre os tipos de controle previstos pela Constituição, interessa-nos, para fins da presente discussão, os seguintes tipos de controle judicial repressivo:

- a) Controle de constitucionalidade de caráter difuso, exercido tanto pelo Supremo Tribunal Federal, por meio do recurso extraordinário (art. 102, III), quanto pelos tribunais de segundo grau (art. 97, que trata da reserva de plenário). A declaração de inconstitucionalidade produz efeitos *inter partes* e *ex tunc*, mas o Senado Federal pode, nestes casos, suspender a execução da lei, com eficácia *erga omnes* e efeitos *ex tunc*.
- b) Controle de constitucionalidade de caráter concentrado, exercido pelo Supremo Tribunal, seja por meio de ações direta de inconstitucionalidade (ADI) ou declaratória de constitucionalidade (ADC) (art. 102, I, “a”), de ação de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º) ou de ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º), dentre outras.

No caso em tela, uma forma de dirimir algumas das questões apontadas neste trabalho reside na possibilidade de o Supremo Tribunal Federal pronunciar-se sobre a relação entre a submissão do Estado brasileiro à jurisdição do Tribunal Penal Internacional (art. 5º, § 4º, incluído pela EC 45/2004) e a composição dos órgãos do Poder Judiciário (art. 92 da CF/88). Uma das interpretações acerca da afirmação de que “*o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão*” é de que essa submissão faz com que o Brasil reconheça a jurisdição do TPIP internamente e, portanto, possa considerá-lo um órgão do Poder Judiciário, somado àqueles dispostos no art. 92. Mas, se assim for, qual será a hierarquia desta corte internacional em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário? Deverá ser

ela submetida à jurisdição do STF? Como harmonizar ambos os dispositivos e a relação entre o TPIP e o STF? O projeto de Lei que internaliza o Estatuto de Roma ao ordenamento jurídico brasileiro prevê, por exemplo, a execução direta das decisões proferidas pelo TPIP. Mas, por se tratar de decisão emanada por corte internacional, o STF poderá argumentar a necessidade de sua homologação.

Apesar do disposto constitucional de 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*” (Art. 5º, § 2º), o Supremo Tribunal Federal brasileiro atribui ao tratado incorporado internamente *status* de mera lei ordinária²⁵. Uma vez aprovado o PL n. 48/2008 que dispõe sobre a internalização do Estatuto de Roma no ordenamento jurídico brasileiro, suas normas também deverão ser consideradas pelo STF com *status* de lei ordinária.

Os questionamentos apontados anteriormente serão certamente respondidos à medida que casos concretos sejam levados à apreciação do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição.

Outro desafio à jurisdição constitucional brasileira em relação à atuação do TPIP refere-se à seletividade na justiça internacional penal e no Brasil. É evidente que a ordem internacional contemporânea não é capaz de satisfazer todas as demandas de justiça. Contudo, também é verdade que a justiça só é realizável em um contexto de ordem e segurança jurídicas, de acordo com as legislações internas dos Estados. Considerando que a justiça internacional penal é seletiva porque as relações internacionais - universo no qual se processa – também são seletivas, consideramos que:

- a) a atuação dos Tribunais Penais Internacionais é seletiva;
- b) a seletividade do TPI se manifesta sobre diversos níveis, em relação: i. à categoria dos crimes abrangidos pela competência jurisdicional do Tribunal; ii. aos critérios de admissibilidade, dentre eles, à aferição da gravidade dos crimes; iii. à limitação do alcance jurisdicional apenas aos Estados-parte ou àqueles que a aceitarem.

²⁵ Cumpre ressaltar a decisão do Supremo Tribunal Federal de que “as normas previstas nos atos, tratados, convenções ou pactos internacionais devidamente aprovadas pelo Poder Legislativo e promulgados pelo Presidente da República ingressam no ordenamento jurídico brasileiro como atos normativos infraconstitucionais, de mesma hierarquia às leis ordinárias”, in Adin 1480-3, medida liminar – Rel. Min. Celso de Mello, Informativo do STF, Brasília, Assessoria do STF, no. 48, 1996, p. 1.

Ademais, tomando o Brasil como exemplo de que seletividade não ocorre somente no âmbito da justiça internacional, podendo ser observada no âmbito da jurisdição interna dos Estados, observamos que a Constituição da República Federativa do Brasil, a partir da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, passou a prever o incidente de deslocamento da competência da justiça estadual para a justiça federal, no caso de graves violações aos direitos humanos²⁶, ou seja a federalização desses casos. Até o presente o momento, no Brasil, apenas os casos do homicídio da missionária Dorothy Stang, ocorrido no município de Anapu (Pará), em fevereiro de 2005, e do advogado e defensor de direitos humanos, Manoel Mattos, assassinado em setembro de 2009, suscitaram o IDC. A federalização do primeiro caso foi indeferida pelo Superior Tribunal de Justiça, sob a justificativa de que o crime já estava sendo investigado no âmbito da justiça estadual. O segundo caso teve sua decisão adiada para a agosto deste ano por falta de tempo hábil para analisar o processo.

À semelhança do que ocorre no sistema internacional, no caso do Brasil, parte-se da hipótese de que a seletividade está no cerne do instituto da federalização dos crimes contra os direitos humanos, cujos critérios para aplicação não são definidos objetivamente, dando margem à utilização discricionária do incidente de deslocamento da competência estadual para a esfera federal.

A relevância de um estudo mais aprofundado acerca dos possíveis tipos de controle de constitucionalidade a serem exercidos, no âmbito da jurisdição constitucional brasileira, face ao processo de internalização do TPI ao ordenamento jurídico nacional e aos eventuais casos federalização de crimes reside na natureza político-jurídica e nas implicações que iniciativas inéditas e ambiciosas quanto esses instrumentos de proteção jurídica aos direitos humanos podem ter no plano das relações internacionais e internas.

²⁶ Reza o artigo 109, inciso V-A, da Carta Magna: “Compete aos juizes federais processar e julgar *“as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo”*. E o parágrafo 5º estatui: *“Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Promotor-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal”*. Constituição da República Federativa do Brasil, *op. cit.*

Por meio de futura pesquisa dessa natureza, poderá se alcançar uma compreensão mais abrangente e profunda sobre o processo de internalização do TPIP em nosso ordenamento jurídico, ao mesmo tempo em que se trará à luz aspectos político-jurídico pouco explorados da jurisdição constitucional brasileira.

VI. BIBLIOGRAFIA:

- ABRAMS, Jason and RATNER, Steven, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law- Beyond the Nuremberg Legacy*, Oxford: Oxford University Press, 2001.
- ARAGAO, Eugenio, A Tutela Federal dos Direitos Humanos no Brasil: Do Discurso à Prática, in: <http://www.mt.trfl.gov.br/judice/jud2/tutela.htm>, Último acesso em 20 de agosto de 2009.
- ARBOUR, Louise; ESER, Albin; AMBOS, Kai & SANDERS, Andrew (eds.), *The Prosecutor of an International Criminal Court*, Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg im Breisgau, May 1988.
- BASTOS, Celso Robeiro *Curso de Direito Constitucional*, Ed. Saraiva, 1999.
- BASSIOUNI, *Introduction to International Law*, Adrsley: Transnational, 2004.
- BROONHALL, Bruce, *International Justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2003.
- CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*. Oxford University Press. New York, 2003.
- CRYER, Robert, *Prosecuting International Crimes: Selectivity and the International Criminal Regime*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- KELSEN, Hans, *Peace through Law*, Chappel Hill- The University of California Press, 1944.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009.
- SHABBAS, William, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.
- WERLE, Gerhard, *Völkerstrafrecht*, S. 71, Tübingen: J.C.B. Mohr, 1975.

Constituição da República Federativa do Brasil (1988)

Tratados, Convenções, Constituições e Resoluções

Carta das Nações Unidas (1945)

Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional Permanente (1998)

Elements of Crimes of the International Criminal Court (2000)

Rules of Proceeding and Evidence (2000)

Sítios Eletrônicos:

Brasil:

Presidência da República do Brasil: www.presidencia.gov.br/legislacao

Supremo Tribunal Federal: www.stf.jus.br

Câmara dos Deputados: www.camara.gov.br

Senado Federal: www.senado.gov.br

Internacionais

International Criminal Court: www.icc-cpi.int

Coalition for the International Criminal Court: www.iccnw.org

UN, Office of the High-Commissioner for Human Rights: www.ohchr.ch

