
INSTITUTO DA ENTREGA: OS APARENTES CONFLITOS ENTRE O ESTATUTO DE ROMA DE 1998 E O TEXTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

*THE INSTITUTION OF SURRENDER: AN APPARENT CONFLICT
BETWEEN THE 1998 ROME STATUTE AND THE BRAZILIAN
CONSTITUTION*

Maria Cristina Andreoli

Procuradora da Fazenda Nacional na 4ª Região

*Especialista em Direito Internacional Público e Privado e da Integração pela
Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Administração Pública
pela Fundação Getúlio Vargas. Especialista em Direito Tributário e Empresarial pela
Fundação Getúlio Vargas. Professora da ESMAFE/RS*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A ratificação do Tratado de Roma pelo Brasil e a sua entrada em vigor; 2 O Tribunal Penal Internacional e a entrega de indivíduos; 3 Diferenciação entre os institutos da extradição e da entrega de indivíduos; 4 Do embasamento constitucional; 5 Do Direito Comparado; 6 Conclusões; Referências.

RESUMO: Trata o presente trabalho das aparentes inconstitucionalidades oriundas do cotejo entre o Estatuto de Roma de 1998 – o qual criou o Tribunal Penal Internacional, situado em Haia (Holanda), representando a primeira jurisdição penal supranacional independente, permanente e com competência não retroativa – e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no que concerne ao instituto da “entrega” de indivíduos (*surrender*), diferenciando-o do instituto da extradição, em relação ao qual existe proibição para brasileiros natos e aplicação restritiva para brasileiros naturalizados. Para tanto, propõe-se uma breve análise do conceito de entrega de indivíduos (*surrender*), previsto no artigo 89, § 1º, do referido estatuto, explicitando as diferenças em relação à extradição, a qual encontra amparo no artigo 5º, incisos LI e LII, da Constituição Federal brasileira de 1988. Por fim, resta demonstrado que as inconstitucionalidades por ventura suscitadas são meramente aparentes. Procura-se apresentar, brevemente, que as referidas inconstitucionalidades também são arguidas em face de textos constitucionais estrangeiros contemporâneos.

PALAVRAS-CHAVE: Estatuto de Roma de 1998. Tribunal Penal Internacional. Entrega de Indivíduos. Extradição. Inconstitucionalidades Aparentes. Direito Comparado.

ABSTRACT: This work is a discussion of the apparent unconstitutionality arising from a comparison between the Rome Statute of 1998 (which created the International Criminal Court, located in The Hague, Netherlands, thereby establishing the first supranational independent, permanent and non-retroactive criminal jurisdiction), and the 1988 Constitution of the Federal Republic of Brazil, regarding the institution of “Delivery” (surrendering) of individuals, differentiating it from the Institution of Extradition, for which there is a prohibition protecting native born and naturalized Brazilians. We propose a brief analysis of the concept of “delivering” (surrendering) individuals, provided for in Article 89, § 1 of the Rome Statute, explaining the differences in relation to extradition, which finds support in Article 5, sections and LI LII, of the Brazilian Federal Constitution of 1988. Finally, we will show that the unconstitutionality raised is apparent. We seek to present that such actions are unconstitutional in the face of contemporary foreign constitutions and comparative law.

KEYWORDS: 1988 Rome Statute. International Criminal Court. Delivery of Individuals. Extradition. Apparent Unconstitutionality. Comparative Law.

INTRODUÇÃO

Há muito a humanidade carecia de uma Justiça Penal Internacional efetiva, de caráter permanente e com jurisdição universal¹. Nesse sentido, a criação do festejado Tribunal Penal Internacional pelo Estatuto de Roma de 1998 inaugura uma nova era na história do Direito Internacional e das relações internacionais.

As regras constantes do Estatuto de Roma revelam a preocupação da comunidade internacional em evitar que uma possível impunidade dos agentes responsáveis pelas condutas nele tipificadas possam propagar novas violações.

1 “O Tribunal Penal Internacional dispõe de características muito próprias, distintas daquelas presentes em outros tribunais internacionais.

Pode-se destacar três principais características do Tribunal Penal Internacional, que o diferenciam de outras instâncias internacionais.

A primeira delas é não ter sido o Tribunal instituído por um tratado comum, mas por um tratado especial de natureza centrífuga, e que por isso detém natureza supraconstitucional, cujas normas derogam (superaram) todo tipo de norma do Direito interno. Os tratados ou normas de direitos humanos centrífugos são os que regem as relações jurídicas dos Estados ou dos indivíduos com a chamada jurisdição global (ou universal). Nominam-se centrífugos exatamente porque são tratados que saem (ou fogem) do centro, ou seja, da jurisdição comum, normal ou ordinária, retirando o sujeito ou o Estado (e a relação jurídica subjacente) do seu centro, isto é, do seu território ou mesmo da sua região planetária, para leva-los à autoridade da justiça universal. Enfim, são tratados ou normas de direitos humanos que regulam situações ou relações que fogem dos limites da jurisdição doméstica ou regional da qual um Estado é parte, conduzindo o Estado ou o sujeito (no caso do Tribunal Penal Internacional, apenas o sujeito) a um órgão jurisdicional global (perceba-se que não se está a falar aqui de órgãos regionais, como a Comissão ou a Corte Interamericana de Direitos Humanos, mas sim de um organismo nas Nações Unidas com atuação universal). O único órgão jurisdicional com alcance universal atualmente existente é o Tribunal Penal Internacional; daí seu status supraconstitucional face aos ordenamentos estatais.

A segunda grande característica do tribunal é sua independência, uma vez que o seu funcionamento independe de qualquer tipo de ingerência externa, podendo inclusive demandar nacionais de Estados não partes do Estatuto (dado o seu caráter universal, já acima referido). Tal foi exatamente o que ocorreu em julho de 2008, quando se formulou um pedido de prisão cautelar contra o ditador do Sudão Omar el Bashir, acusado de genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade (tendo a ONU estimado em 300 mil o número de mortos, sendo que 35 mil eram agricultores de três tribos). Em 4 de março de 2009, acatando parcialmente o pedido do Procurador Luis Moreno-Ocampo, tendo afastado, de início, o delito de genocídio, o Tribunal, por decisão de um grupo de três juízes, mandou expedir o primeiro mandado de prisão contra um Chefe de Estado em exercício, de país não parte no Estatuto, com o objetivo de por fim às atrocidades massivas que estariam ocorrendo no maior país africano.

Por último, pode-se destacar como terceira característica do Tribunal Penal Internacional a de funcionar como justiça automática, pois contrariamente aos tribunais internacionais em geral (v.g., a Corte Internacional de Justiça, ou a Corte Interamericana de Direitos Humanos), o Tribunal Penal Internacional não depende, para o seu funcionamento, de qualquer aceite do Estado da sua competência jurisdicional, operando automaticamente desde a data de sua entrada em vigor (1º de julho de 2002). Em outros termos, não obstante ter o Estatuto de Roma exigido ratificações dos Estados para ter entrado em vigor, dotou a Corte Penal Internacional de Poderes tais que a possibilita exigir o cumprimento de uma ordem de prisão a pessoa (v.g., um Presidente da República em exercício) que se encontra em território de Estado não signatário do Estatuto”. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro*. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 46-48.

Assim, o Estatuto de Roma não representa tão somente um conjunto de regras instituidoras de uma Corte internacional permanente. Outrossim, desde o seu Preâmbulo deixa claro a sua missão precípua de proteção às vítimas de graves atrocidades, bem como de tornar a justiça efetiva no caso concreto. No mencionado Preâmbulo do Estatuto de Roma, os Estados reconhecem que nos últimos séculos, milhões de pessoas vêm sendo vítimas de atrocidades que chocam, de forma veemente, a consciência e a dignidade da humanidade. Conforme mencionado anteriormente, os Estados também reconhecem que o combate à impunidade é essencial para a própria prevenção de atrocidades, na esteira do efeito preventivo da repressão penal.

Os crimes tipificados pelo Estatuto de Roma protegem bens jurídicos considerados direitos humanos tutelados por diversos tratados internacionais. É o caso do genocídio (direito à vida), dos crimes contra a humanidade (direitos humanos diversos, tais como o direito à vida, à integridade física), dos crimes de guerra (também direitos humanos diversos) e do crime de agressão (autodeterminação dos povos).

Os bens jurídicos tutelados por meio da tipificação de crimes são considerados valores essenciais para a comunidade internacional como um todo, revelando-se como normas imperativas em sentido estrito, normas cogentes ou normas de *jus cogens*, as quais possuem, em face disso, superioridade normativa quando confrontadas com outras normas de Direito Internacional.²

Note-se que, ao serem consideradas como normas de *jus cogens*, além de obrigatórias, eis que todas as normas internacionais o são, significa que não poderão ser alteradas pela mera vontade de um Estado. Assim, a derrogação das normas imperativas somente poderão operar-se por meio de normas que ostentem igual *status*, isto é, a referida derrogação deverá operar-se através de normas também aprovadas pela comunidade internacional como um todo.

Pelo brevemente exposto, mostra-se, o Tribunal Penal Internacional, como um verdadeiro tribunal vocacionado também à tutela dos direitos humanos.

Por fim, vale destacar que, o Brasil, apesar de ter votado a favor do texto do Estatuto de Roma de 1998, manifestou a sua preocupação, por meio de declaração de voto, com o fato de nosso texto constitucional vedar a extradição de nacionais, bem como penas de caráter perpétuo, as quais constam do referido estatuto.

2 “No Direito interno, as normas de direitos humanos são, em geral, de estatura constitucional, o que as coloca como sendo de hierarquia superior às demais normas do ordenamento jurídico. No Brasil, por exemplo, as normas definidoras de direitos e garantias individuais estão inseridas na Constituição e ainda consideradas cláusulas pétreas, ou seja, imutáveis, pois não são passíveis de modificação sequer pela ação do Poder Constituinte Derivado”. RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 152.

Nesse sentido, a entrada em vigor do Tratado de Roma vem gerando uma série de questionamentos relativos às perspectivas internacionais de funcionamento do Tribunal Penal Internacional, e, em especial para o Brasil, relativas à constitucionalidade de muitos dispositivos previstos no texto convencional, os quais ostentam potencial de embate na seara judicial pátria, razão pela qual merecem a preocupação acadêmica.

Dentre as questões de maior relevância, ganham destaque a problemática da ausência de coisa julgada, da prisão perpétua, da imprescritibilidade dos crimes, da inexistência de imunidade para agentes públicos e a extradição de nacionais e de estrangeiros, temática sobre a qual nos debruçaremos nesta ocasião.

Ao longo desse breve trabalho, pretende-se demonstrar que as pretensas antinomias entre o Tratado de Roma e a Constituição Federal de 1988 são meramente aparentes, visto que, resolvem-se no campo da interpretação, por meio da utilização do método dialógico ou diálogo das fontes, no dizer de Erik Jayme.

1 A RATIFICAÇÃO DO TRATADO DE ROMA PELO BRASIL E A SUA ENTRADA EM VIGOR

Após muitos anos de negociação no seio das Nações Unidas, fruto da notável necessidade de criação de uma Justiça Penal Internacional³, foi adotado, em 1998, durante Conferência Intergovernamental em Roma (Itália), o texto do tratado internacional que cria o tão esperado Tribunal Penal Internacional (TPI), conhecido, também, como “Estatuto de Roma”. Tal não representou apenas um marco considerável para o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Mais do que isso, reverenciou o 50º aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴.

3 “A expressão Justiça Penal Internacional, [...] pode ser definida como o aparato jurídico e o conjunto de normas instituídas pelo Direito Internacional, voltados à persecução e à repressão dos crimes perpetrados contra o próprio Direito Internacional, cuja ilicitude está prevista nas normas ou princípios de ordenamento jurídico internacional e cuja gravidade é de tal ordem e de tal dimensão, em decorrência do horror e da barbárie que determinam ou pela vastidão do perigo que provocam no mundo, que passam a interessar a toda a sociedade dos Estados concomitantemente”. MAZZUOLI, op. cit., p. 25.

4 “A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a esse respeito, assim estabelece em seu Art. 1º: ‘Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade’. Para Hannah Arendt, a participação dos indivíduos em uma comunidade igualitária construída é condição sine qua non para que se possa aspirar ao gozo dos direitos humanos fundamentais”. MAZZUOLI, op. cit., p. 29-30.

O texto do referido Estatuto restou adotado por 120 votos a favor, 7 votos contrários (Estados Unidos, China, Índia, Líbia, Iêmen, Israel e Catar) e 21 abstenções. São notáveis as ausências de países como a China, os Estados Unidos⁵, Israel⁶, Irã e Rússia, que até hoje não aderiram à jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

A assinatura do plenipotenciário brasileiro ao Tratado de Roma foi formulada em fevereiro de 2000, tendo a ratificação ocorrido em 14/06/2002. O Brasil foi o 69º país a ratificar o referido tratado, conforme autorização expressa veiculada pelo artigo 84, VIII, da Constituição Federal⁷. A entrada em vigor no plano internacional ocorreu em 01/07/2002, nos termos do que estabelece o artigo 126.1 do Tratado de Roma o qual dispõe que este entraria em vigor “no primeiro dia do mês seguinte ao sexagésimo dia após a data de depósito do sexagésimo instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas”. Após concluído o processo de ratificação, o Tratado, então, entrou em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao sexagésimo dia após a data de depósito do próprio instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, nos termos do regulamentado pelo artigo 126.2 do Tratado de Roma. O tratado que cria o Tribunal Penal Internacional, enfim, entra em vigor para o Brasil em 01/09/2002⁸.

-
- 5 “Os Estados Unidos, aliás, tem um relacionamento peculiar com o Tribunal. Em 1995, a gestão do então Presidente Clinton deu mostras de apoio à criação do TPI. Já na Conferência de Roma de 1998, os Estados Unidos decidiram votar contra a adoção do texto, assinando-o somente em 2000. Em 2002, a gestão Bush retirou essa assinatura, desobrigando-se do dever de se abster da prática de atos que frustrariam o objeto e a finalidade do tratado, segundo o artigo 18 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969”. RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 293.
 - 6 “Na mesma toada, Israel, que inicialmente era contra a adoção do texto na Conferência de Roma de 1998, acabou assinando o tratado em 2000. Em 2002, houve a retirada de assinatura, surgindo receio de que a hipótese de crime de guerra referente à ‘transferência, direta ou indireta, por uma potência ocupante de parte de sua população civil para o território que ocupa’ (artigo 8º.2, “b”, VIII) pudesse ocasionar punição a líderes israelenses devido à política de assentamentos (colônias) em territórios ocupados palestinos”. Idem, p. 293.
 - 7 “Art. 84 - Compete privativamente ao Presidente da República:
VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”.
 - 8 O Brasil foi um dos países que conseguiu eleger representante para o cargo de juiz do Tribunal Penal Internacional, tendo sido eleita a Dra. Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, então Desembargadora do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, para mandato de nove anos. Atualmente ela é a juíza relatora do caso Al-Bashir. Omar Al-Bashir, Presidente do Sudão apontado como responsável pela crise humanitária na região de Darfur, relacionada a conflitos entre diferentes grupos rebeldes e entre estes e as milícias árabes pró-governo conhecidas como Janjaweed, as quais contam com o apoio do governo central localizado em Cartum. Omar Al-Bashir encorajou uma política na região de Darfur (terra dos Fur, uma das 3 etnias locais) marcada por assassinatos, torturas, violações de direitos humanos, pilhagens e ataques contra civis. Segundo dados da *Italians for Darfur*, o conflito armado iniciado em 2003 já deixou 400

Vale destacar que o Brasil, a despeito de ter votado a favor da aprovação do texto do Estatuto do Tribunal Penal Internacional na Conferência de Roma de 1998, manifestou-se, por meio de declaração de voto, pela preocupação com o fato de a Constituição brasileira proibir a extradição de nacionais, levantando também outras questões, no mesmo sentido, as quais não serão esposadas neste momento. Deve-se ressaltar que os referidos questionamentos não se restringem ao Brasil. Outrossim, revelam-se comuns a outras Constituições que guardam semelhanças com a nossa Magna Carta.

2 O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E A ENTREGA DE INDIVÍDUOS

A parte 9 do Estatuto de Roma de 1998 prevê dispositivos referentes à cooperação internacional dos Estados para com o Tribunal Penal Internacional⁹, a qual é indispensável para a consecução dos objetivos da jurisdição penal internacional.

De acordo com as lições de Carlos Eduardo Adriano Japiassú:

Os Estados estão obrigados, pelo Estatuto, a cooperar integralmente com o Tribunal Penal Internacional, em crimes que sejam de sua competência, seja durante a fase da investigação, seja durante o período processual, conforme disposto no artigo 86.¹⁰⁻¹¹

mil mortos, 2 milhões de desabrigados e 300 mil refugiados. Nota: O Sudão não é signatário do Estatuto de Roma. Em 14 de julho de 2008 o Promotor Moreno Ocampo pediu a prisão do Presidente do Sudão, Omar Al-Bashir, então processado naquela Corte por 10 crimes de guerra, 3 processos de genocídio, 5 crimes contra a humanidade e 2 homicídios. Os procuradores argumentaram que al-Bashir 'planejou e implementou um plano para destruir em parte substancial' três grupos tribais de Darfur por conta de sua designação étnica. O Tribunal Penal Internacional entendeu ser necessária a prisão de Al-Bashir, acusado de crimes de guerra e crimes contra a humanidade, perpetrados sob sua liderança na região sudanesa de Darfur. O painel de três juízes do TPI descartou acusações de genocídio por falta de provas. Em 04 de março de 2009, foi expedido o Mandado internacional de prisão contra Al-Bashir, distribuído aos Estados signatários do Estatuto de Roma. (Dados oriundos de trabalho intitulado "O Tribunal Penal Internacional e a Legislação de Implementação nos Estados Signatários: Comparação entre o Brasil e a Itália", apresentado durante aulas no curso "Le Corti Internazionali, i diritti umani ed il diritto in europa-studi comparati tra istituzioni e sistemi" promovido pela Escola da Advocacia-Geral da União em parceria com a Universidade de Roma Tor Vergata e apoio da Internacional Experience, promovido no período de 30 de junho de 2014 a 12 de julho de 2014).

9 Dos artigos 86 a 102 do Estatuto de Roma de 1998.

10 JAPIASSÚ, Eduardo Adriano. Possibilidades e Desafios da Adequação do Estatuto de Roma à Ordem Constitucional Brasileira. In: AMBOS, Kai, et JAPIASSÚ, Eduardo Adriano (Org.). *Tribunal Penal Internacional: possibilidades e desafios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 202.

11 Artigo 86. Os Estados-partes, em conformidade com o disposto no presente Estatuto, cooperarão plenamente com o Tribunal de investigação e persecução de crimes sob a sua jurisdição.

A referida obrigação de cooperar é determinada de forma genérica, aplicando-se, portanto, a todos os órgãos dos Estados. Com o fito de garantir uma eficaz cooperação, os Estados-partes, deverão ter todos os procedimentos de cooperação penal constantes no Estatuto de Roma previstos e devidamente regulamentados na em sua legislação doméstica¹².

Vale ressaltar que, obviamente, não seria lícito ao Estatuto de Roma, impor obrigações para Estados que não sejam membros do Tribunal Penal Internacional. Entretanto, isso não impede que os Estados que não integrem o tribunal em comento possam ser incentivados, por meio de acordos de cooperação¹³.

Conforme nos ensina André de Carvalho Ramos:

[...] o Tribunal poderá convidar qualquer Estado que não seja parte no presente Estatuto a prestar auxílio com base num convênio *ad hoc*, num acordo celebrado com esse Estado ou por qualquer outro modo apropriado. Não há qualquer imunidade que possa ser oposta pelos Estados. A exceção à cooperação está prevista n artigo 98, que desonera os Estados-partes de cooperarem, caso possuam um acordo específico de imunidade com Estado terceiro que os impeça de colaborar com o Tribunal em relação a determinadas pessoas (por exemplo, diplomatas, militares desse Estado terceiro, o que é muito usado pelos Estados Unidos para proteger suas tropas espalhadas pelo mundo)¹⁴.

O artigo 89 do Tratado de Roma prevê a entrega (*surrender*) de pessoas acusadas, nacionais e estrangeiros, pelo Estado, cujo

12 “Para suprir eventuais lacunas do ordenamento jurídico nacional e levando em consideração o artigo 88 do Estatuto de Roma, o Presidente da República encaminhou ao Congresso Nacional, por meio da Mensagem nº 700, de 17 de setembro de 2008, projeto de lei que recebeu o nº 4.38/2008, 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’”. RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 311.

13 Artigo 87 (5), Estatuto de Roma: “5. a) O Tribunal poderá convidar qualquer Estado que não seja Parte no presente Estatuto a prestar auxílio ao abrigo do presente Capítulo com base num convênio *ad hoc*, num acordo celebrado com esse Estado ou por qualquer outro modo apropriado.
b) Se, após a celebração de um convênio *ad hoc* ou de um acordo com o Tribunal, um Estado que não seja Parte no presente Estatuto se recusar a cooperar nos termos de tal convênio ou acordo, o Tribunal dará conhecimento desse fato à Assembléia dos Estados Partes ou ao Conselho de Segurança, quando tiver sido este a referenciar o fato ao Tribunal”.

14 RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 305/306.

juízo foi considerado admissível pela Corte. Forte no mencionado dispositivo, o Tribunal Penal Internacional poderá expedir pedido de captura e entrega de um indivíduo, dirigido a qualquer Estado no qual ele se encontre.

Em face da referida determinação, discute-se se haveria inconstitucionalidade intrínseca¹⁵ do Tratado de Roma, em face do disposto no artigo 5º, LI e LII da Constituição Federal, a saber:

LI. nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado o envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei.

LII. não será concedida a extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião.

Conforme discorreremos a seguir, tratam-se a extradição e a entrega de indivíduos de institutos diversos e, que, apesar de representarem privação da liberdade individual, não se confundem. Em face disso, caem por terra as teses de inconstitucionalidade do Estatuto de Roma em cotejo com os direitos e garantias tutelados pela nossa Lei Maior.

3 DIFERENCIAÇÃO ENTRE OS INSTITUTOS DA EXTRADIÇÃO E DA ENTREGA DE INDIVÍDUOS

Conforme anteriormente esposado, o primeiro conflito aparente entre o Estatuto de Roma e nossa Constituição Federal provém de norma inculpada no artigo 89, § 1º, do Estatuto, de acordo com o qual o Tribunal poderá dirigir um pedido de detenção e entrega (*surrender*) de uma pessoa a qualquer Estado em cujo território ela possa encontrar-se,

15 "A matéria está ligada ao que se denomina no Direito dos Tratados de inconstitucionalidade intrínseca dos tratados internacionais. Esta tem lugar quando o tratado, apesar de formalmente ter respeitado todo o procedimento constitucional de conclusão estabelecido pelo direito interno, contém normas violadoras de dispositivos constitucionais, não se confundindo com a inconstitucionalidade extrínseca (ou formal), também conhecida por ratificação imperfeita, que ocorre quando o Presidente da República, violando norma constitucional de fundamental importância para celebrar tratados, ratifica o acordo sem o assentimento prévio do Congresso Nacional (o que não foi o caso do Tribunal Penal Internacional, cuja ratificação se deu em total conformidade com as normas constitucionais de competência para celebrar tratados: artigos 49, I e 84, VIII, da Constituição Federal)". MAZZUOLI, op. cit., p. 83-84.

e solicitar a cooperação¹⁶ do referido Estado na detenção e entrega da pessoa em causa, tendo os Estados-partes o dever de dar satisfação ao Tribunal em relação aos pedidos mencionados, em conformidade com os ditames estabelecidos pelo Estatuto, bem como pelos procedimentos previstos nas respectivas ordens jurídicas internas.

Embora ambos os institutos em comento representem privação de liberdade para o indivíduo, não se confundem. Muitas são as características que os distinguem.

A entrega de um indivíduo ao Tribunal Penal Internacional configura-se num instituto *sui generis*, próprio das relações internacionais contemporâneas. Representa a entrega de um indivíduo a um Tribunal com jurisdição internacional, enquanto que o tradicional instituto da extradição vislumbra-se entre duas potências estrangeiras com o objetivo de promover a repressão internacional de delitos.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 trata da extradição *cum grano salis*, ora vedando a aplicação do instituto ao brasileiro nato, ora restringindo a sua aplicação no caso de brasileiro naturalizado e até mesmo de estrangeiro, em caso de crime político ou de opinião¹⁷.

Considerando disposições semelhantes às estabelecidas em nossa Constituição em vários textos constitucionais modernos, o artigo 102, alíneas *a* e *b*¹⁸ do Estatuto de Roma expressamente estabeleceu uma nítida diferença entre os institutos da extradição e do ato de entrega.

16 “Quanto à cooperação jurídica internacional, o artigo 86 determina que os Estados-partes deverão cooperar plenamente com o Tribunal no inquérito e no procedimento contra crimes da competência deste. Os atos de cooperação com o Tribunal Penal Internacional consistem em atos de instrução processual, de captura e entrega de indivíduos (surrender) e mesmo de execução de pena porventura fixada pelo Tribunal. Quanto aos atos de instrução, dispõe o artigo 93 do Estatuto de Roma que os Estados contratantes obrigam-se a cooperar com o Tribunal na obtenção de documentos, oitiva de testemunhas, facilitar o comparecimento voluntário de peritos e testemunhas perante o Tribunal, realizar perícias diversas, inclusive a exumação, proteger testemunhas e preservar provas. Há, ainda a menção a medidas cautelares, tais como o arresto e bens e produtos frutos do crime”. RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 305-305.

17 CF, artigo 5º, LI. “Nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de seu comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei”.

CF, artigo 5º, LII. “Não será concedida a extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião”.

18 Estatuto de Roma, artigo 102. “Termos Usados para os Fins do Presente Estatuto:

a) Por ‘entrega’, entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal nos termos do presente Estatuto.

b) Por ‘extradição’, entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno”.

Basicamente, se a entrega de uma pessoa for feita ao Tribunal Penal Internacional, nos termos do disposto pelo Estatuto de Roma, estaremos tratando do instituto da entrega; caso o ato der-se de um Estado-soberano em relação a outro Estado-soberano, com supedâneo em tratado ou convenção ou no direito interno de determinado Estado, tratar-se-á do instituto da extradição.

Vale notar que nosso texto constitucional refere-se à extradição, em nada mencionando o instituto da entrega, motivo pelo qual já representa um forte e óbvio indício que não se confundem e, portanto, não merecem o mesmo tratamento. No sentido do que foi esposado até então, não haveria óbice constitucional ao cumprimento de ordem de detenção e entrega de acusado brasileiro (mesmo o nato) aos cuidados do Tribunal Penal Internacional, eis que a Constituição Federal de 1988 restringe a sua proibição à extradição de seus nacionais.

Assevera corretamente Cachapuz de Medeiros, segundo o qual a diferença fundamental:

[...] consiste em ser o Tribunal uma instituição criada para processar e julgar os crimes mais atrozes contra a dignidade humana de uma forma justa, independente e imparcial. Na condição de órgão internacional, que visa realizar o bem-estar da sociedade mundial, porque reprime crimes contra o próprio Direito Internacional, a entrega do Tribunal não pode ser comparada à extradição.¹⁹

Assim, parece-nos claro que, enquanto a extradição, enfatize-se, envolve entregar alguém para outro sujeito de Direito Internacional Público, de mesma categoria da do Estado-parte solicitante, igualmente dotado de soberania e competência na ordem internacional, o ato de entrega ocorre para um organismo criado pelo aceite e pelo esforço comum dos Estados envolvidos. Não se trata, pois, o Tribunal Penal Internacional, de jurisdição estrangeira²⁰.

19 CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira. In: *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Brasília: Câmara dos Deputados/Coordenação de Publicações, Série ação parlamentar, n. 110, 2000. p. 14.

20 “A jurisdição do tribunal não é estrangeira, mas sim internacional, podendo afetar todo e qualquer Estado-parte da Organização das Nações Unidas. Ela também não se confunde com a chamada jurisdição universal, que consiste na possibilidade de a jurisdição interna de determinado Estado poder julgar crimes de guerra ou crimes contra a humanidade cometidos em territórios alheios, a exemplo dos casos de extraterritorialidade admitidos pelo artigo 7º e seus incisos, do Código Penal brasileiro. Segundo o Estatuto de Roma, o Tribunal Penal Internacional é uma pessoa jurídica de Direito Internacional com capacidade necessária para o desempenho de suas funções e de seus objetivos. O tribunal poderá exercer os seus poderes e funções nos termos do seu estatuto, no território de qualquer Estado-parte e, por acordo

Nesse sentido, assevera Valério Mazzuoli:

Daí estar correto o entendimento de que o ato de entrega é aquele feito pelo Estado a um tribunal internacional de jurisdição permanente, diferentemente da extradição, que é feita por um Estado a outro, a pedido deste, em plano de absoluta igualdade, em relação a indivíduo neste último processado ou condenado e lá refugiado. A extradição envolve sempre dois Estados soberanos, sendo ato de cooperação entre ambos na repressão internacional de crimes, diferentemente do que o Estatuto de Roma chamou de entrega, onde a relação de cooperação se processa entre um Estado e o próprio Tribunal²¹.

O grande fundamento para que as Constituições contemporâneas, assim como a nossa, proíbam a extradição de seus nacionais, liga-se à possibilidade de que a justiça estrangeira possa ser injusta e possa vir a julgar o nacional de outro Estado sem a devida imparcialidade²². Note-se que o referido temor não faz sentido no que concerne à entrega de indivíduos ao Tribunal Penal Internacional, cujos crimes já estão definidos no Estatuto de Roma, e cujas normas processuais são das mais avançadas do mundo no que tange às garantias da justiça e da imparcialidade dos julgamentos.

Possível vislumbrar-se claramente, até então, que a previsão de entrega de nacionais pelo aclamado Estatuto de Roma em nada agride o direito individual de não extradição de nacionais, veiculado pelo artigo 5º, LI, da Constituição brasileira de 1988, bem como o direito de não extradição de estrangeiros em virtude de crime político ou de opinião, inserto no inciso LII do artigo 5º em questão.

No mesmo sentido o renomado professor Luiz Flávio Gomes, para quem “a entrega não é inconstitucional por duas razões: (a) primeiro

especial, no território de qualquer outro Estado (artigo 4º, §§ 1º e 2º). Sua jurisdição, obviamente, incidirá apenas em casos raros, quando as medidas internas dos países se mostrarem insuficientes ou omissas, no que respeita ao processo e julgamento dos acusados, bem como quando desrespeitarem as legislações penal e processual internas”. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O Tribunal Penal Internacional e as Perspectivas para a Proteção Internacional dos Direitos Humanos no Século XXI. In: PIOVESAN, Flávia, et GARCIA, Maria (Org.). *Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. Coleção doutrinas essenciais, vol. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 1087-1088.

21 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro*. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 83-84.

22 “A regra já era conhecida desde o Código Bustamante (1928), cujo artigo 345 assim dispõe: ‘Os Estados contractantes não estão obrigados a entregar os seus nacionais. A nação que se negue a entregar um de seus cidadãos fica obrigado a julgá-lo’ (mantida a grafia original)”. MAZZUOLI, op. cit., p. 87 (nota de rodapé 5).

porque não se trata de extradição; (b) segundo porque o Brasil firmou o Tratado de Roma, que prevê essa regra”.²³

Sendo assim, a aceitação, pelo Brasil, da norma inserta no artigo 89, § 1^o²⁴, do Estatuto de Roma, impede, como alguns autores pretendem, a alegação de que norma constitucional proibitiva da extradição de nacionais quedara-se violada, com o fito de livrar nosso nacional à jurisdição dessa Corte internacional.

Em face do esposado até então, resta clara a distinção entre os institutos da entrega de nacional brasileiro a uma corte com jurisdição internacional, da qual o Brasil faz parte, através da ratificação do tratado, obrigando-se, desta feita a cumpri-lo e a extradição, que nada mais é do que a entrega de um nacional a um tribunal estrangeiro, cuja jurisdição decorre, de maneira necessária, da soberania de outro Estado estrangeiro.

Por fim, afora as distinções técnicas que se tentou traçar entre os institutos da extradição e da entrega de indivíduos, enfatizando-se a de nacionais, vale mencionar a possibilidade de o Estado não colaborador sofrer retaliações no plano internacional. Por óbvio que, segundo consta do Estatuto de Roma, as regras internas dos Estados permanecem sendo válidas. Entretanto, não serão toleradas determinadas escusas, tais como de que não se pode entregar nacionais dos Estados a tribunais internacionais.

Conforme leciona o professor Valério Mazzuoli:

Um Estado-parte no Estatuto que não entrega um nacional seu quando emitida ordem de prisão contra o mesmo, será tido como um não colaborador, o que poderá causar-lhe enormes prejuízos, tendo em vista existir no Estatuto de Roma todo um processo que pode ser levado à Assembleia dos Estados-partes do Tribunal Penal Internacional e até mesmo ao Conselho de Segurança das Nações Unidas, para que possam ser tomadas medidas de enquadramento de conduta em relação a tais Estados não colaboradores.²⁵

Resta claro que a mera abertura do referido processo perante a Assembleia dos Estados-partes ou do Conselho de Segurança da ONU

23 GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal*: parte geral - introdução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 245.

24 “Artigo 89. Entrega de Pessoas ao Tribunal.

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

25 MAZZUOLI, op. cit., p. 88.

já tornaria o Estado não colaborador extremamente mal visto perante a comunidade internacional.

4 DO EMBASAMENTO CONSTITUCIONAL

O artigo 1^o²⁶ da Constituição de 1988 expõe os fundamentos da República Federativa do Brasil, os quais convergem para a proteção dos direitos humanos. Da mesma forma os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil também estão intimamente relacionados com a proteção de direitos humanos, nos termos do que reza o artigo 3^o²⁷ da nossa Carta Magna. Nesse sentido, percebe-se claramente a forte intenção do legislador constitucional em pautar as condutas do Estado brasileiro no sentido de enaltecere e tutelar os direitos humanos nas suas mais diversas esferas de atuação.

Em face disso, no que concerne à mencionada temática dos direitos humanos, a Constituição Federal de 1988 demonstra ser um marco na história constitucional brasileira. Inicialmente, vale destacar, introduziu o mais extenso e abrangente rol de direitos, incluindo os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, bem como previu várias garantias constitucionais, tais como o mandado de injunção e o habeas data²⁸. Vale

26 “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

27 “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

28 “O texto da Constituição da República Federativa do Brasil promulgado em 05/10/1988 surge com 245 artigos no corpo permanente, distribuído em nove títulos: (a) princípios fundamentais; (b) direitos e garantias fundamentais; (c) organização do Estado; (d) organização dos poderes; (e) defesa do Estado e das instituições democráticas; (f) tributação e orçamento; (g) ordem econômica e financeira; (h) ordem social; (i) disposições gerais. Soma-se ao corpo permanente, um Ato das Disposições Constitucionais Transitórias com 70 artigos, número de dispositivos que chegou a aumentar em virtude das sucessivas e algumas mesmo abrangentes reformas constitucionais, sendo pelo menos curioso e digno de nota que mais de duas décadas depois de sua promulgação o próprio Ato das Disposições Constitucionais Transitórias tenha crescido no que diz com o número de artigos (atualmente, o número de dispositivos do ADCT é 1997). Cuida-se, portanto, de um texto que, sem prejuízo de suas virtudes, surge – de acordo com a crítica de

notar que o referido rol é meramente exemplificativo, eis que o artigo 5º, § 2º prevê o princípio da não exaustividade dos direitos fundamentais, também conhecido como cláusula de abertura aos direitos humanos²⁹.

De forma inédita, a referida abertura da ordem constitucional brasileira aos direitos humanos fundamentou-se também nos tratados internacionais celebrados pelo Brasil, refletindo-se, ademais, no funcionamento de todo o sistema de justiça nacional.

Além disso, a Constituição determinou que o Brasil deveria pautar-se, em suas relações internacionais, pelo princípio da “prevalência dos direitos humanos”, conforme determinado no artigo 4º, II do texto constitucional. Na mesma linha de entendimento, a Constituição determinou que o Brasil pugnassem pela formação de um “tribunal internacional de direitos humanos”, conforme preceituava o artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, reafirmando, mais uma vez, a vocação do então novel texto constitucional. E, esse novo perfil constitucional de abertura aos direitos humanos também por meio do Direito Internacional, impulsionou o Estado brasileiro a ratificar os Pactos Internacionais de Direitos Cívicos e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a Convenções contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis,

Luís Roberto Barroso – como ‘um texto que, mais do que analítico, era casuístico, prolixo e corporativo. De qualquer modo, a despeito de seus aspectos menos virtuosos, assim chamada ‘Constituição Cidadã’ – a evolução subsequente o veio a demonstrar- consiste em texto constitucional sem precedentes na história do Brasil, seja quanto a sua amplitude, seja no que diz com o seu conteúdo, não sendo desapropriado afirmar que se trata também de um contributo (jurídico-político) brasileiro para o constitucionalismo mundial, seja em virtude da forte recepção das modernas tendências na esfera do direito constitucional, seja pelas peculiaridades do texto brasileiro. [...]

No que diz com o seu conteúdo, cuida-se de documento acentuadamente compromissário, plural e comprometido com a transformação da realidade, assumindo, portanto, um caráter fortemente dirigente, pelo menos quando se toma como critério, o conjunto de normas impositivas de objetivos e tarefas em matéria econômica, social, cultural e ambiental contidas no texto constitucional, para o que bastaria ilustrar com o exemplo dos assim chamados objetivos fundamentais elencados no artigo 3º. Tanto o preâmbulo quanto o Título dos Princípios Fundamentais são indicativos de uma ordem constitucional voltada ao ser humano e ao seu pleno desenvolvimento da personalidade, bastando lembrar que a dignidade da pessoa humana, pela primeira vez na história constitucional brasileira, foi expressamente guindada (artigo 1º, III, da CF) à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, por sua vez também como tal criado e consagrado no texto constitucional. Não é à toa, portanto, que o então Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Deputado Ulisses Guimarães, por ocasião da solenidade de promulgação da Constituição, batizou a Constituição de 1988 de constituição coragem e constituição cidadã, lembrando que, diferentemente das constituições anteriores, a Constituição se inicia com o ser humano”. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme, et MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 242-244.

29 Artigo 5º, § 2º, CF: “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”.

Desumanos ou Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos. A partir daí, foram celebrados os mais relevantes instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos pelo Brasil, culminando com o reconhecimento, em 1998, da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e, finalmente, em 2002, da jurisdição do Tribunal Penal Internacional.³⁰

Conforme comenta André de Carvalho Ramos:

Com o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Brasil deu o passo decisivo para aceitar o universalismo na área dos direitos humanos. Não é mais possível uma interpretação “nacionalista” dos direitos humanos no Brasil, pois essa interpretação pode ser questionada perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos ou outros órgãos internacionais, devendo o Brasil cumprir a interpretação internacionalista porventura fixada. Além do universalismo, o Brasil, após a Constituição de 1988, acatou a indivisibilidade e interdependência de todos os direitos humanos, ao ratificar indistintamente os tratados voltados a direitos civis e políticos e direitos sociais, econômicos e culturais³¹.

Em 7 de fevereiro de 2000 o governo brasileiro assinou o tratado internacional referente ao Estatuto de Roma³², posteriormente aprovado pelo Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo nº 112, de 6 de junho de 2002, e promulgado pelo Decreto presidencial nº 4388, de 25 de setembro de 2002. Em 20 de junho de 2002 deu-se o depósito da carta de ratificação brasileira, momento a partir do qual o Brasil tornou-se parte do respectivo tratado. Assim, por força da norma inserta no artigo 5º, § 2º³³

30 “O corpo diplomático brasileiro, que já participava, mesmo antes da Conferência do Roma de 1998, de uma Comissão Preparatória para o estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional, teve destacada atuação em todo o processo de criação do Tribunal. E isto foi devido, em grande parte, em virtude do mandamento do Artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição brasileira de 1988, que preceitua que ‘o Brasil propugnar a formação de um tribunal internacional de direitos humanos’” MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 44, 2011.

31 RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 366.

32 A assinatura do Brasil ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional foi precedida pelo Parecer da lavra do Prof. Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros, Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores.

33 “[...] muitos têm atribuído ao Estatuto de Roma verdadeira natureza de tratado de direitos humanos, do qual seguem algumas consequências. Ora, de acordo com o artigo 5º, § 2º, da CF, um tratado de direitos humanos admite imediata baliza constitucional, na medida em que se incorpora ao nosso Direito Constitucional como mais uma categoria de direito e garantia, individual ou coletivo, que venha o Brasil a aderir internacionalmente. Não apenas se incorpora como garantia constitucional, que sequer pode ser alterada por emenda constitucional, a teor do artigo 60 da Lei Maior, mas se incorpora de forma automática e imediata, não dependendo de legislação

da nossa Carta Magna, o Estatuto de Roma integrou-se ao ordenamento jurídico pátrio, passando a gozar do *status* de norma materialmente constitucional, o que contribuiu, deveras, para o fortalecimento do “bloco de constitucionalidade”³⁴ da Constituição Federal de 1988.

Em 8 de dezembro de 2004, com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45, o Brasil passou a reconhecer formalmente a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, em face do § 4º acrescentado ao artigo 5º da Constituição que determinou que o “Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

Conforme comenta o professor Valério de Oliveira Mazzuoli:

O que fez essa salutar disposição constitucional foi solidificar a tese segundo a qual a Constituição de 1988 está perfeitamente apta a operar com o Direito Internacional e com o sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Essa integração do Estatuto ao texto constitucional passou a garantir-lhe primazia hierárquica (além da integração às cláusulas pétreas constitucionais) dentro do sistema jurídico nacional relativo à proteção dos direitos humanos”.³⁵

Por fim, válido mencionar que o Estatuto de Roma de 1998 poderá passar a ser formalmente constitucional caso seja aprovado em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos seus respectivos membros, seguindo a sistemática prevista no artigo 5º, § 3º da Constituição Federal, introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Assim, além de gozar do *status* de norma materialmente constitucional, o estatuto em questão passará a produzir efeitos jurídicos próprios das emendas constitucionais, o que lhe promoverá uma maior blindagem, posto que, a partir de então, será insuscetível de denúncia.

infraconstitucional. Essa é a visão moderna”. PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. Implementação do Estatuto de Roma e Aplicação Direta. In: AMBOS, Kai, et JAPIASSÚ, Eduardo Adriano (Org.). *Tribunal Penal Internacional: possibilidades e desafios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 227.

34 “O bloco de constitucionalidade consiste no reconhecimento da existência de outros diplomas normativos de hierarquia constitucional, além da própria Constituição.

No Direito Comparado, o marco do reconhecimento da existência do bloco de constitucionalidade foi a decisão nº 71-44 DC, de 16/07/1971, do Conselho Constitucional francês, relativa à liberdade de associação, que consagrou o valor constitucional do preâmbulo da Constituição francesa de 1958, que, por sua vez, faz remissão ao preâmbulo da Constituição de 1946 e à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Em 2005, houve alteração do preâmbulo da Constituição francesa e foi agregada remissão à Carta do Meio Ambiente (Charte de l’environnement), todos agora fazendo parte do bloco de constitucionalidade” (RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 399).

35 MAZZUOLI, op. cit., p. 45.

DO DIREITO COMPARADO

As inconstitucionalidades arguidas em face do Estatuto de Roma não são exclusividade brasileira. Outros textos constitucionais contemporâneos, que guardam semelhanças com a Constituição Brasileira de 1988 também suscitam aparentes inconstitucionalidades.

Em Portugal também se verificaram controvérsias nesse sentido. A Assembleia da República, quando da Revisão Extraordinária de 2001, optou pela adoção de uma cláusula de remissão global para o Estatuto de Roma, com o intuito de indicar que a Constituição passará a comportar, implicitamente, as exceções decorrentes do Tribunal Penal Internacional³⁶.

Como consequência lógica da alteração legislativa em questão, o Parlamento português acrescentou uma verdadeira “cláusula constitucional aberta”, ao artigo 7º da Constituição Portuguesa, por meio do inciso 7, o qual tem a seguinte redação:

Artigo 7º. (Relações Internacionais)

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

Semelhantes questionamentos surgiram em países como França, Bélgica e Holanda, nos quais foram registradas situações de incompatibilidade real (e não meramente aparente) entre o Estatuto de Roma e as respectivas Constituições nacionais. Em relação à questão em apreço, esclarecem Ana Lúcia Sabadell e Dimitri Dimoulis:

[...] Com efeito, já houve em alguns países declaração de inconstitucionalidade do Estatuto de Roma. O ‘Conseil Constitutionnel’ francês, autoridade de natureza jurisdicional que fiscaliza a constitucionalidade de forma preventiva e concentrada, declarou a inconstitucionalidade parcial do Estatuto de Roma (decisão n. 98-408 de 22.01.1999). Considerou-se que o Estatuto de Roma, assinado pela França, violava normas constitucionais relativas à imunidade do Presidente da República e à preservação da soberania nacional,

36 Decisão na Petição nº 4.625, Supremo Tribunal Federal, Min. Celso de Mello, julgada em 17 de julho de 2009, publicada em 04 de agosto de 2009 no DJE nº 145. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/Pet4625.pdf>>. Último acesso em: 30 set. set. 2014.

desrespeitando, também, a legislação nacional sobre a prescrição e a anistia. Essa declaração de inconstitucionalidade impediu a ratificação do Estatuto de Roma até que o poder constituinte reformador acrescentasse ao texto constitucional francês o art. 53-2 que viabilizou o reconhecimento do TPI, evitando o conflito constitucional (Lei constitucional n. 99-568 de 08.07.1999). Uma decisão semelhante no conteúdo, mas de natureza consultiva, foi tomada na Bélgica. O 'Conseil d'Etat' belga considerou que algumas previsões do Estatuto de Roma eram incompatíveis com a Constituição daquele país. Em parecer publicado em 21.04.1999, o órgão considerou que, entre outros vícios constitucionais, o Estatuto violava as previsões sobre a imunidade do Rei e de outras autoridades governamentais e restringia indevidamente os efeitos de exercício do direito de graça. Sugeriu-se, assim, que fosse realizada uma revisão constitucional para que o país pudesse honrar suas obrigações internacionais sem violar a Constituição. Contudo, as autoridades belgas negaram-se a realizar a reforma constitucional, e o poder legislativo ratificou o Estatuto de Roma, alegando, de forma paradoxal, que eventuais inconstitucionalidades poderiam ser sanadas em seguida. Outros países optaram pelo caminho da reforma constitucional antes que houvesse manifestação do poder judiciário no sentido da incompatibilidade constitucional. Esse é o caso da Alemanha, onde a vedação absoluta da extradição de pessoas de nacionalidade alemã foi flexibilizada, mediante a reforma constitucional de outubro de 2000 que permitiu que a lei autorizasse a extradição, depois de pedido de um Estado membro da União Europeia de um tribunal internacional, desde que fossem respeitadas as garantias processuais próprias de um Estado de direito (art. 16, 2 da Lei Fundamental). Não foi diferente a estratégia de compatibilização no Grão-Ducado de Luxemburgo. A Lei Constitucional de 8.8.2002 revisou o art. 118 da Constituição de 1868 no sentido de admitir a jurisdição do TPI³⁷.

Conforme brevemente exemplificado através do Direito Comparado, é possível notar que o Estatuto de Roma de 1998 trouxe uma série de questionamentos, em especial no que tange às possíveis inconstitucionalidades de dispositivos do estatuto em comparação com os textos constitucionais pátrios dos países signatários. Apesar

37 SABADELL, Ana Lúcia; et DIMOULIS, Dimitri. Tribunal Penal Internacional e Direitos Fundamentais: Problemas de Constitucionalidade. In: Cadernos de Direito, vol. 3, n. 5/255-256, 2003, UNIMEP, citado na Decisão na Petição nº 4.625, Supremo Tribunal Federal, Min. Celso de Mello, julgada em 17 de julho de 2009, publicada em 04 de agosto de 2009 no DJE nº 145. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/Pet4625.pdf>>. Último acesso em: 30 set. 2014.

disso, muitas das vezes, as questões suscitadas não se configuram em inconstitucionalidades reais, outrossim, aparentes, conforme se verifica no caso brasileiro, em especial no que diz respeito às questões relativas aos institutos da extradição e da entrega de nacionais.

5 CONCLUSÕES

Em face de todo o esposado até então, resta claro o quão relevante mostra-se o Tribunal Penal Internacional para a proteção internacional dos direitos humanos, bem como para a própria efetivação de uma Justiça Penal Internacional no plano global.

A criação desse Tribunal resulta de um antigo anseio da sociedade internacional em estabelecer uma corte criminal internacional, com competência para processar e julgar os crimes internacionais, entendendo-se como tais as violações das obrigações essenciais para a manutenção da paz e da segurança da sociedade.

Sem sombra de dúvida, a instituição do Tribunal Penal Internacional, tal como foi concebido representa um marco para a proteção internacional dos direitos humanos, revelando uma missão que vai muito além de ser apenas uma corte com jurisdição internacional. Outrossim, demonstra claramente sua missão de ser um verdadeiro tribunal de direitos humanos.

Representa um marco pra a proteção dos direitos humanos, *prima facie*, porque desde as experiências vivenciadas pelos Tribunais de Nuremberg³⁸ e Tóquio, ambiciona-se criar um sistema internacional de justiça com a pretensão de por fim à impunidade daqueles que perpetram

38 “O Tribunal de Nuremberg, em 1945-1946, significou um poderoso impulso no processo de justicialização dos direitos humanos. Ao final da Segunda Guerra e após intensos debates sobre as formas de responsabilização dos alemães pela guerra e pelos bárbaros abusos do período, os aliados chegaram a um consenso, com o Acordo de Londres de 1945, pelo qual ficava convocado um Tribunal Militar Internacional para julgar os criminosos de guerra. Com a competência de julgar os crimes cometidos ao longo do nazismo, seja pelos líderes do partido, seja pelos oficiais militares, o Tribunal de Nuremberg teve sua composição e seus procedimentos básicos fixados pelo Acordo de Londres. Nos termos do artigo 6º do Acordo de Londres, são crimes sob s jurisdição do Tribunal que demandam responsabilidade individual: a) crimes contra a paz (planejar, preparar, incitar ou contribuir para a guerra de agressão ou para a guerra, em violação aos tratados e acordos internacionais, ou participar de um plano comum ou conspiração para a realização das referidas ações); b) crimes de guerra (violações ao Direito e ao Direito costumeiro da guerra; tais violações devem incluir – mas não ser limitadas a esses atos – assassinato, tratamento cruel, deportação de populações civis que estejam ou não em territórios ocupados, para trabalho escravo ou para qualquer outro propósito, assassinato ou tratamento cruel de prisioneiros de guerra ou de pessoas em alto-mar, assassinato de reféns, saques à propriedade pública ou privada, destruição de vilas ou cidades, devastação injustificada por ordem militar); e c) crimes contra a humanidade (assassinato, extermínio, escravidão, deportação ou outro ato desumano cometido contra a população civil entes ou durante a guerra, ou perseguições baseadas em critérios raciais, políticos e religiosos, para a execução de crime ou em conexão com crime de jurisdição do Tribunal, independentemente de serem praticados ou não em violação de Direito doméstico do país)”. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais e europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 33-34.

violações ao Direito Internacional, tanto em termos repressivos – condenando os culpados, quanto preventivos – inibindo a tentativa de repetição dos crimes cometidos. Em segundo lugar, porque o Tribunal Penal Internacional visa sanar eventuais falhas e insucessos dos tribunais nacionais³⁹, os quais muitas vezes deixam impunes os seus criminosos, em especial quando estes são autoridades estatais (e normalmente o são) que gozam de imunidade concedida pelas legislações pátrias⁴⁰. Ademais, a criação de uma jurisdição permanente, tal como o é a do Tribunal Penal Internacional, evita a criação de tribunais *ad hoc*⁴¹, concebidos conforme livre escolha do Conselho de Segurança da ONU, o que fere, por óbvio, o princípio do juiz natural, isto é, do juiz competente. Outrossim, cria instrumentos jurídico-processuais hábeis a responsabilizar individualmente as pessoas condenadas pelo Tribunal, derrotando, dessa feita, a impunidade no plano internacional. Por fim, a criação da Corte em comento institui uma Justiça Penal Internacional que contribui, quer

39 “Surgiu o Tribunal Penal Internacional como aparato complementar às Cortes nacionais, com o objetivo de assegurar o fim da impunidade para os mais graves crimes internacionais, considerando que, por vezes, na ocorrência de tais crimes, as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na realização da justiça. Afirma-se, desse modo, a responsabilidade primária do Estado com relação ao julgamento de violações de direitos humanos, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária. Vale dizer, a jurisdição do Tribunal Internacional é adicional e complementar à do Estado, ficando, pois, condicionada à incapacidade ou omissão do sistema judicial interno. O Estado tem, assim, o dever de exercer sua jurisdição penal contra os responsáveis por crimes internacionais, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária. Como enuncia o artigo 1º do Estatuto de Roma, a jurisdição do Tribunal é adicional e complementar à do Estado, ficando condicionada à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno. Dessa forma, o Estatuto busca equacionar a garantia do direito à justiça, o fim da impunidade e a soberania do Estado, à luz do princípio da complementariedade e do princípio da cooperação”. PIOVESAN, op. cit., p. 47-48.

40 “Artigo 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 per se motivo de redução da 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”.

41 “O Tribunal Penal Internacional permite limitar a seletividade política até então existente. Como visto, os Tribunais *ad hoc*, criados na década de 90 para julgar os crimes ocorridos na ex-Iugoslávia e em Ruanda, basearam-se em resoluções do Conselho de Segurança da ONU, para as quais se requer o consenso de 5 membros permanentes, com poder de veto, nos termos do artigo 27, § 3º, da Carta da ONU. Ao contrário, o Tribunal Penal Internacional assenta-se no primado da legalidade, mediante uma justiça preestabelecida, permanente e independente, aplicável igualmente a todos os Estados que a reconhecem, capaz de assegurar direitos e combater a impunidade, especialmente a dos mais graves crimes internacionais. Consagra-se o princípio da universalidade a todos os Estados-partes, que são iguais perante o Tribunal Penal, afastando a relação entre ‘vencedores’ e ‘vencidos’”. PIOVESAN, op. cit., p. 47.

interna, quer internacionalmente, para o fortalecimento e eficácia tanto da proteção dos direitos humanos, quanto do direito humanitário.

Afora os eventuais questionamentos acerca do Estatuto de Roma de 1998, em cotejo com textos constitucionais contemporâneos, especialmente no que concerne a eventuais dúvidas em relação aos institutos da entrega de indivíduos e da extradição, o caso brasileiro revela que as referidas inconstitucionalidades são aparentes, na medida em que não se sustentam frente à uma argumentação mais aprofundada. Nesse sentido demonstrou-se que, embora os dois institutos representem, materialmente, a privação do direito individual à liberdade, não se confundem, pois possuem características próprias que os distinguem. A entrega de uma pessoa (*surrender*) – qualquer que seja a sua nacionalidade e em qualquer lugar que esteja – ao Tribunal Penal Internacional é um instituto jurídico *sui generis*, peculiar das relações internacionais contemporâneas, instituto distinto da já conhecida extradição, que tem lugar entre duas potências estrangeiras visando à repressão internacional de delitos. Frise-se: a entrega de indivíduos ocorre entre um Estado-parte e o Tribunal Penal Internacional, o qual certamente não é uma jurisdição “estrangeira”, de outra banda, constitui-se na primeira jurisdição penal supranacional independente, permanente e com competência não retroativa. Buscando deixar clara a distinção entre os referidos institutos, o Estatuto de Roma, em seu artigo 102, alíneas *a* e *b*, demonstra tratarem-se de institutos diversos. Além disso, deve-se notar que as restrições impostas a brasileiros natos e naturalizados, insertas em nossa Lei Maior, dizem respeito exclusivamente à extradição. Aliás, nosso texto constitucional não trata do instituto da entrega, até porque, repita-se, é um instituto *sui generis* previsto pelo Estatuto de Roma de 1998, como instrumento de cooperação internacional.

Se não bastassem os argumentos acima tecidos, é de notar-se que a validade do instituto da entrega de indivíduos, inclusive no que concerne aos brasileiros, natos e naturalizados, busca a sua base constitucional tanto nos fundamentos quanto nos objetivos da Constituição da República Federativa do Brasil, bem como nos artigos 5º, § 2º, que prevê o princípio da não exaustividade dos direitos fundamentais, também conhecido como cláusula de abertura aos direitos humanos. Ademais, não deixa dúvidas quanto à sua constitucionalidade, quando, no artigo 5º, § 4º, prevê que o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. Por fim, válido mencionar que o Estatuto de Roma de 1998 poderá passar a ser formalmente constitucional (pois materialmente já o é) caso seja aprovado em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos

dos seus respectivos membros, seguindo a sistemática prevista no artigo 5º, § 3º da Constituição Federal, introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Assim, além de gozar do *status* de norma materialmente constitucional, o estatuto em questão passará a produzir efeitos jurídicos próprios das emendas constitucionais, o que lhe promoverá uma maior blindagem, posto que, a partir de então, será insuscetível de denúncia.

Acredita-se que as considerações confeccionadas até aqui tenham sido lúidas para demonstrar que as inconstitucionalidades eventualmente suscitadas, especialmente no que tange à relação existente entre extradição e entrega de indivíduos, são meramente aparentes, não se sustentando frente a um maior embate teórico.

REFERENCIAS

AMBOS, Kai. *A Parte Geral do Direito Penal Internacional: Bases para uma elaboração dogmática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Possibilidades e Desafios da Adequação do Estatuto de Roma à Ordem Constitucional Brasileira. In: AMBOS, Kai, et JAPIASSÚ, Eduardo Adriano (Org.). *Tribunal Penal Internacional: possibilidades e desafios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira. In: *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Brasília: Câmara dos Deputados/Coordenação de Publicações, Série ação parlamentar, n. 110, 2000.

CANATO, Mônica Aparecida. *Princípio da Legalidade no Direito Penal Internacional*. Porto Alegre: Norton Editor, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: parte geral – introdução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. et MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito supraconstitucional: do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org). *Coletânea de Direito Internacional*. 9. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. O Tribunal Penal Internacional e as Perspectivas para a Proteção Internacional dos Direitos Humanos no Século XXI. In: PIOVESAN, Flávia, et GARCIA, Maria (Org.). *Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. Coleção doutrinas essenciais, v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Tratados Internacionais: com comentários à Convenção de Viena de 1969*. 2. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

_____. *Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro*. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. Implementação do Estatuto de Roma e Aplicação Direta. In: AMBOS, Kai, et JAPIASSÚ, Eduardo Adriano (Org.). *Tribunal Penal Internacional: possibilidades e desafios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais e europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, André Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis*. Teoria e prática do Direito Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme, et MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Petição nº 4.625*. Min. Celso de Mello, julgada em 17 de julho de 2009, publicada em 04 de agosto de 2009 no DJE nº 145. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/Pet4625.pdf>>. Último acesso em: 30 set. 2014.