

O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL: DIVERGÊNCIAS SOBRE A EXISTÊNCIA DE CONFLITO ENTRE NORMAS

Larissa Pereira Rodrigues

RESUMO

Este artigo versa sobre as implicações entre algumas normas atinentes ao Tribunal Penal Internacional quando inseridas em nosso ordenamento jurídico e em provável confronto com as normas constitucionais. Isso porque a Constituição Federal de 1988 possui um extenso rol de direitos e garantias fundamentais. Logo, existem duas maneiras de tutela dos direitos humanos no Brasil: uma, de âmbito interno, através da Constituição, e a outra, de âmbito externo, através de tratados internacionais em acordo com outros países ou organismos internacionais. Nesse sentido, verificar-se-á o Estatuto de Roma, um tratado internacional que versa sobre direitos humanos e humanitários e que criou o Tribunal Penal Internacional devidamente ratificado pelo Brasil. A doutrina mostra que algumas normas desse Estatuto apresentam conflitos com a atual Constituição Brasileira, pois as normas da cada texto legal apresentam-se de forma diferente a respeito de um mesmo assunto, enquanto que outros mostram-se contrários a essa divergência.

ABSTRACT

This article is about the implications between some international criminal court's rules when insert in the our intern rule and a possible conflict with the constitutional's rules. The Constitution has a great number variety to protect the human rights and thus, we can see two forms of protection: one, an intern scope, through the Constitution, and another, international scope, through internationals treaties between countries or internationals organisms. In these sentence, will see the Statute of Rome, an international treaty about human rights and humanitarian rights, created the International Criminal Court (ICC). The ICC was ratified by Brazil and there are some doctrines divergences that

say about a conflict's existence with the Brazilian's Constitution because the rules of each legal text are different about a same theme, and there are another doctrines that say the opposite.

1 INTRODUÇÃO

Não é surpresa que seja desenvolvida uma busca das causas das violações dos direitos humanos com o objetivo lógico de prevenção. É de importância elevada o papel reservado à correta administração da justiça no seio das sociedades nacionais. Bem verdade serem considerados Estados civilizados aqueles que respeitam os direitos humanos e asseguram às pessoas sob suas respectivas jurisdições o livre e pleno exercício daqueles direitos. Logo, o respeito aos direitos humanos constitui a melhor medida do grau de civilização da humanidade.

Contudo, não somente os Estados diante da persistência de atrocidades e violações graves e maciças dos direitos do ser humano em diferentes partes do mundo têm despertado a conscientização da necessidade premente de defender os direitos humanos. A comunidade internacional, através de diferentes modos, como a criação de organizações intergovernamentais, supranacionais e não-governamentais bem como através de negociações e ratificações de acordos bilaterais ou multilaterais entre os Estados, fizeram com que a busca da defesa dos direitos humanos ultrapassasse as fronteiras do Estado, passando a ser tutelada internacionalmente. Desenvolve-se o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

É neste sentido que os tratados internacionais sobre direitos humanos apresentam elevada importância, tanto pelo seu objeto quanto pela sua exigência de cumprimento quando devidamente trazidos ao âmbito jurídico interno de cada Estado-parte. Ocorre que, o tratado com objetivo de proteção aos direitos humanos a ser analisado no presente artigo – o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional – possui posições diferentes quanto à sua constitucionalidade em nosso ordenamento jurídico pátrio. O problema surge tendo em vista a supremacia da Constituição sobre todas as normas vigentes

no Estado brasileiro, inclusive sobre as normas convencionais internacionais, embora não se olvide o conteúdo presente na Emenda Constitucional n° 45 de dezembro de 2004 o qual inseriu o parágrafo 3º e 4º no artigo 5º da Constituição Federal (CF) afim de que possíveis discussões a respeito do que esse artigo irá tratar fossem supridas. No entanto, verificar-se-á a permanência dessas divergências.

Portanto, será primeiramente analisada a inserção das normas convencionais internacionais sobre direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro para, então, compreender o foco das divergências sobre a existência de conflito entre a Constituição e o Estatuto do Tribunal Penal Internacional (TPI). Nesta seara será abordado qual é o conflito, o que determina cada texto legal e as posições doutrinárias divergentes e, em seguida, será verificada uma possível solução a ser adotada .

2 O PROCEDIMENTO DE RECEPÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A importância em estudar a inserção do Direito Internacional no direito interno serve para a verificação de como este processo terá aplicação no Brasil, seja a fim de analisar de que maneira a sua processualística irá influir na estrutura hierárquica no ordenamento jurídico interno bem como o controle de conflitos das convenções internacionais com as disposições internas brasileiras.

A Constituição Federal de 1988 apresenta um regime obrigatório de incorporação dos tratados internacionais, de acordo com a legislação e a posição adotada pelo STF. O Brasil, após ratificar o tratado internacional, deverá incorporá-lo mediante lei interna para ser integrado ao ordenamento jurídico.

Todavia, alguns doutrinadores entendem que, na verdade, existem dois regimes diferentes no que tange à recepção dos tratados internacionais - o sistema misto - bastando para isso confrontar os §§ 1º e 2º do art. 5º da CF - que prescrevem sua aplicação imediata e elevam os tratados internacionais de direitos humanos à categoria de textos constitucionais - com o art. 102, III, b, da CF, o qual cuida da possibilidade da interposição de recurso extraordinário de decisão que declare a inconstitucionalidade de tratados internacionais ou lei federal, verificando-se a admissão dos mesmos como normas infraconstitucionais.¹

Portanto, com a análise de alguns dispositivos constitucionais existe a incorporação e aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos de forma diferente em relação aos demais tratados internacionais. Todavia, o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal até dezembro de 2004, com relação à recepção e hierarquia dos tratados, independentemente de dizerem respeito aos direitos humanos ou não, é de que os mesmos seriam

¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 102.

recepcionados de uma única forma, passando a integrar o ordenamento jurídico pátrio mediante lei e com status de norma infraconstitucional.

Entretanto, em dezembro de 2004 foi publicada a Emenda Constitucional (EC) n° 45, conhecida também como a Reforma do Judiciário que, dentre mudanças profundas no sistema judiciário nacional trouxe importante alteração no que tange ao status legal dos tratados internacionais sobre direitos humanos. Reza o § 3° do artigo 5° da CF:

Art.5°.

§3°. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Logo, observa-se que a inserção desse parágrafo trouxe a possibilidade de os tratados e ou convenções internacionais sobre direitos humanos, desde que aprovados nos termos do referido parágrafo, serem equiparados às Emendas Constitucionais, ou seja, adquirirem status de norma constitucional.

À primeira vista, observa-se um grande passo do legislador para que as normas internacionais condizentes aos direitos e garantias fundamentais integrassem a Constituição com igual hierarquia. Mas, partindo de uma outra análise, esse passo é na realidade um retrocesso, pois exige uma série de requisitos, ou seja, obstáculos para que normas atinentes aos direitos humanos sejam equiparadas à Constituição. Isto porque, anteriormente à edição da EC n° 45 e conforme a análise de outros dispositivos constitucionais (os parágrafos 1° e 2° do artigo 5° da CF) e entendimento doutrinário, já se permitia a incorporação automática desses tratados ao ordenamento jurídico e status constitucional.

2.1 AS TEORIAS MONISTA E DUALISTA

A recepção das normas convencionais internacionais nos ordenamentos jurídicos de diversos países seja em se tratando de direitos humanos seja sobre normas gerais, possui duas maneiras de serem realizadas

e que, até a edição da EC n° 45, o antigo debate entre monistas e dualistas devido aos artigos dispostos na CF faziam perdurar o embate.

Como referido, há duas sistemáticas de incorporação dos tratados. Uma, sendo a incorporação automática do direito internacional, em que se incorpora de imediato ao direito nacional em virtude do ato de ratificação do tratado. A outra, é a incorporação legislativa, a qual necessita de legislação para implementar as normas dos tratados, pois uma vez ratificados não significa a incorporação de imediato no direito interno.

A incorporação automática irá reconhecer a plena vigência do direito internacional na ordem interna, através da cláusula de ratificação. Assim, a regra internacional passa a vigorar de imediato tanto na ordem jurídica internacional, como na ordem jurídica interna, sem a necessidade de uma norma de direito nacional que a integre ao sistema jurídico. Tal concepção é verificada pela teoria monista, fundamentada por Hans Kelsen, em que o Direito Internacional e o Direito Interno compõem uma mesma unidade, uma única ordem jurídica, não existindo qualquer limite entre a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica interna.

Por outro lado, a incorporação legislativa revela que o Estado recusa a vigência imediata do Direito Internacional na ordem interna. Portanto, para que o conteúdo de uma norma internacional vigore na ordem interna, é necessária a sua reprodução ou transformação por uma fonte interna. Neste sistema, o Direito Internacional e o Direito Interno são duas ordens jurídicas distintas, sendo que aquele só vigorará na ordem interna se cada norma internacional for transformada em Direito Interno. Essa sistemática revela a concepção dualista, proposta por Triepel, em que existem duas ordens jurídicas independentes e autônomas, sem existir qualquer contato e nem mesmo interferência.²

Após esta análise, é necessário afirmar que a nossa Constituição não revela expressamente qualquer das correntes adotadas. Mas, conforme a doutrina predominante e legislação constitucional entende-se que o Brasil adota a corrente dualista, em que deve existir a edição de um ato normativo nacional para execução e cumprimento do tratado ratificado no âmbito interno.

² PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 96-104.

Já outros doutrinadores defendem que a Constituição Federal é mista, pois, conforme a verificação dos dispositivos constitucionais, aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos – por força do artigo 5º, parágrafo 1º, da CF- aplica-se a sistemática de incorporação automática, enquanto que para os demais tratados internacionais, aplica-se a sistemática de incorporação legislativa, sendo confirmada pelo art.102, III, b, da CF, na medida em que se tem exigido a intermediação de um ato normativo para tornar o tratado obrigatório na ordem interna. Assim,

[...] defende-se que a Constituição adota um sistema jurídico misto, na medida em que, para os tratados de direitos humanos de incorporação automática, enquanto que, para os tratados tradicionais, acolhe a sistemática da incorporação não-automática.³

Todavia, esta última posição não é adotada pelo Supremo Tribunal Federal, o qual já se manifestou em relação a esta matéria, conferindo aos tratados tanto de normas gerais quanto de normas sobre direitos humanos aplicação não imediata e sua recepção obrigatória perante um decreto de execução expedido pelo Presidente da República e status de norma infraconstitucional.

Entretanto, com a edição da EC nº 45 esse status pode vir a ser incorporado na legislação interna como Emenda Constitucional, ou seja, deterá de igual hierarquia das normas constitucionais se for aprovada nos termos no parágrafo 3º do artigo 5º da CF o qual já fora exposto anteriormente. A recepção das normas de tratados internacionais será especificada adiante para melhor compreensão de acordo com o disposto constitucionalmente e com a teoria mista.

³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000 p. 101.

2.2 A RECEPÇÃO DE TRATADOS INTERNACIONAIS GERAIS E A RECEPÇÃO DE TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

O procedimento, desde o início da formação até a inserção de um Tratado Internacional em nosso ordenamento jurídico, possui seis atos até que seja aperfeiçoado, são eles: a negociação; a assinatura; a mensagem ao Congresso; a aprovação parlamentar; a ratificação e a promulgação.⁴

Primeiramente, é necessário esclarecer que, de acordo com o artigo 84, VIII da CF, é de competência privativa do Presidente da República celebrar todos os tratados, convenções e atos internacionais, podendo delegar tal poder ao Ministro das Relações Exteriores e aos Chefes de Missões Diplomáticas⁵. Assim, podem quaisquer desses celebrar a assinatura do tratado, uma vez que essa apenas finaliza uma negociação. Verifique-se, dessa forma, o texto constitucional:

Art.84. Compete privativamente ao Presidente da República:
[...]
VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

Assim, após a assinatura e o Presidente entender que o mesmo deve ser ratificado, enviará mensagem ao Congresso Nacional para que este o aprove, com base na sua competência exclusiva ditada pelo artigo 49, I da CF:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
[...]
I - Resolver definitivamente sobre tratados, acordos, ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Note-se que

A redação, inadequada, deste inciso não importa em excluir, como parece, a necessidade de aprovação por parte do Congresso Nacional de atos

⁴ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a Constituição Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 138.

⁵ O Ministro das Relações Exteriores e os chefes das relações diplomáticas, estes últimos também conhecidos como plenipotenciários, podem negociar a conclusão de um tratado internacional mediante a apresentação de uma carta de plenos poderes, a qual será válida até a assinatura do texto convencional. Todavia, estabeleceu-se a prática de que eles prescindem dos plenos poderes, sendo esta uma exceção *ratione personae* da sua obrigatoriedade, conforme GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a Constituição Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 140.

internacionais celebrados pelo Presidente da República, como tratados e convenções, que não pesem diretamente sobre o patrimônio nacional.⁶

Primeiramente, a deliberação far-se-á seguindo o trâmite estipulado no Regimento Interno da Câmara dos Deputados, sendo remetido o tratado à Comissão de Relações Exteriores, a qual prepara um Projeto de Decreto Legislativo se o tratado for aprovado, remetendo-o à Comissão de Constituição e Justiça. Esta última tem por fim analisar os aspectos jurídicos referentes à constitucionalidade do tratado e de técnica legislativa do projeto de Decreto Legislativo. Logo após, se não for remetido a outras Comissões (o qual irá depender da matéria do tratado), será enviado o Projeto do Decreto Legislativo a Plenário, e que, segundo o artigo 47 da Constituição, será aprovado por maioria de votos com a presença da maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados.

Aprovado, o Projeto do Decreto Legislativo deverá também assim o ser pela maioria de votos e com a maioria dos membros da Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional do Senado. Em seguida, será dada ciência ao Plenário do Senado pelo seu Presidente sobre a decisão da Comissão, e então, se o concordar o Presidente da Casa, será devidamente promulgado e publicado. Caso contrário, será posto em votação pelo Senado nos mesmos moldes da votação da Câmara dos Deputados.⁷

O decreto irá para o Presidente da República, o qual irá ratificá-lo ou não. Se assim for, para que surtam efeitos perante o direito internacional é necessário que o instrumento ratificado pelo Presidente da República seja enviado ao depositário do tratado, que irá protocolá-lo e enviará cópia aos outros Estados que fazem parte do tratado.⁸ Após a ratificação, haverá a promulgação do Decreto pelo Presidente (o então denominado Decreto

⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1, p. 307.

⁷ Cf. GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a Constituição Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 138-144.

⁸ Em relação à validade da norma no âmbito internacional, a doutrina diverge. Muitos doutrinadores são a favor que a simples ratificação pelo Presidente é suficiente para ser obrigatório o cumprimento pelo Estado, enquanto que outros respaldam que deve existir além da ratificação, a publicação do Decreto no direito interno do Estado. Para maior aprofundamento, cf. GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a Constituição Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 144-153.

Executivo) e publicado no Diário Oficial da União, conferindo status de lei ordinária às normas convencionais internacionais no ordenamento jurídico interno. Por todo o exposto,

em face do direito pátrio, a vontade do Estado brasileiro relativamente a atos internacionais, inclusive a tratados e a convenções, surge de um ato complexo em que se integram a vontade do Presidente da República, que os celebra, e a do Congresso Nacional, que os ratifica.⁹

Portanto, conforme a recepção das normas convencionais internacionais, verifica-se a corrente dualista em nosso ordenamento jurídico, a qual necessita de um procedimento legislativo para a incorporação das normas de tratados internacionais a fim de que surtam efeitos no ordenamento jurídico interno.

Mas é necessário acrescentar que, se a aprovação se der nas duas Casas do Congresso nacional, em dois turnos e por três quintos dos votos dos respectivos membros, o status da norma internacional equipar-se-á à Constituição, pois terá equivalência à Emenda Constitucional, conforme o § 3º do art. 5º da CF, inserido pela EC nº 45.

Todavia, a jurista Flávia PIOVESAN¹⁰ afirmava antes dessa Emenda que o Brasil aderiria à concepção dualista no que tange à recepção dos tratados que estipulam normas gerais enquanto que, em relação à recepção dos tratados de direitos humanos aderiria à concepção monista. PIOVESAN aponta para o artigo 5º, § 1º da Constituição, o qual indica o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Ou seja, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais demandam aplicação imediata, pois os tratados internacionais de direitos humanos têm por objeto justamente a definição de direitos e garantias, e, assim, conclui que tais normas merecem aplicação imediata.

Desta forma, uma parcela da doutrina admitia a sistemática da incorporação automática desses tratados, sem a necessidade de um ato jurídico complementar para a sua exigibilidade e implementação. Assim, com o

⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1, p. 307.

¹⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direito Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 111.

ato da ratificação, a regra internacional de proteção dos direitos humanos passa a vigorar de imediato, tanto na ordem jurídica internacional, como na ordem jurídica brasileira e, neste último, apresentando status de norma constitucional.¹¹

Isto porque o artigo 5º §2º da CF, confere o status de norma constitucional às normas de tratados internacionais sobre direitos humanos, uma vez que tais tratados se diferenciam dos demais por objetivarem a salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados, como o fazem os demais tratados. Vejamos:

Art. 5º.

[...]

§2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte.

Assim, este parágrafo revela que os direitos e garantias individuais na Constituição não irão excluir aqueles adotados pelo país e nem aqueles em que o Brasil faça parte por acordos internacionais. Por fim, cabe acrescentar que, com a maneira de recepção automática,

[...] torna-se possível a invocação imediata de tratados e convenções de direitos humanos, dos quais o Brasil seja signatário, sem a necessidade de edição de ato com força de lei, voltado à outorga de vigência interna aos acordos internacionais.¹²

Além de permitir a invocação direta do particular ao acesso aos direitos e liberdades internacionalmente assegurados, uma das conseqüências da incorporação automática de tratados sobre direitos humanos é proibir as condutas e atos violadores destes direitos, passíveis de invalidação. Conseqüentemente, quando há a entrada em vigor do tratado internacional, quaisquer normas incompatíveis perderão automaticamente a vigência.

Todavia, apesar de existir norma constitucional garantindo expressamente a aplicabilidade e o status das normas de tratados de direitos

¹¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 83.

¹² PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 95.

humanos, o § 3º inserido ao art. 5º da Constituição mostra-se de certa maneira contrário ao estipulado nos parágrafos 1º e 2º da CF. Isto porque indica implicitamente a não aplicabilidade imediata dos tratados e/ou convenções internacionais sobre direitos humanos e que esses somente adquirirão status de hierarquia constitucional se, e somente se, preencherem os requisitos do § 3º (o que, na verdade, são os mesmos requisitos para um projeto de Emenda Constitucional).

Melhor seria nivelar todas as normas acordadas de direitos humanos ao plano das normas constitucionais, para garantir maior efetividade dos direitos humanos aos indivíduos da nação. Todavia, isso não afasta a problemática entre normas do Estatuto do TPI em confronto com a Constituição porque mesmo inseridas ao status constitucional, como assim alguns autores entendem fazer implicitamente o § 4º do art. 5º da CF, seriam duas normas constitucionais contrapostas, partindo da existência de contrariedade entre os dois textos legais conforme entendimento de alguns doutrinadores. Reza o referido parágrafo 4º:

Art. 5.

§4º. O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

Mas ressalte-se que o TPI foi recepcionado de forma ordinária e o que prevalece é a Constituição, gerando em outro problema, qual seja, o respeito à Carta Magna implica a violação de uma norma internacional, passível o Estado Brasileiro de uma responsabilização no plano internacional, o que, neste sentido, TRINDADE afirma: *“O descumprimento das normas convencionais engaja de imediato a responsabilidade internacional do Estado, por ato ou omissão, seja do Poder Executivo, seja do Legislativo, seja do Judiciário.”*¹³

¹³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1997. v. 1, p.442

3. O ESTATUTO DE ROMA DE 1998 – INSTITUIÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

O Tratado de Roma foi aprovado em 17 de julho de 1998, criando o Tribunal Penal Internacional (TPI), com mais de 160 Estados reunidos na Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas. O Tratado foi assinado pelo governo brasileiro em 7 de fevereiro de 2000, sendo aprovado pelo Parlamento brasileiro por meio do Decreto Legislativo nº 112, de 06.06.2002 e promulgado pelo Decreto nº 4.388, de 25.09.2002. Embora

o Estatuto do TPI entrou em vigor internacional em 1º de julho de 2002, correspondente ao primeiro dia do mês seguinte ao término do período de 60 dias após a data do depósito do 60º instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão junto ao Secretário Geral das Nações Unidas, nos termos do seu artigo 126 § 1º.¹⁴

O Tribunal Penal Internacional tem sede na cidade da Haia, Holanda e é uma instituição permanente, ou seja, não terá atuação restrita a crimes somente cometidos em determinados conflitos e por um período determinado, *v.g.*, os tribunais *ad hoc* criados para processar e julgar os crimes cometidos na ex-Iugoslávia e Ruanda, mas sim, atuação contra as impunidades que assolam o âmbito internacional pelo cometimento de grandes violações aos direitos humanos, sem que haja insuficiência para punição dos criminosos¹⁵. Assim, o TPI apresenta-se com poderes de jurisdição sobre pessoas em relação aos crimes de maior gravidade no cenário internacional, os quais são especificados no Estatuto de Roma¹⁶, a saber, conforme estipula o artigo 5º:

¹⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Tribunal Penal Internacional: Integração ao Direito Brasileiro e sua importância para a justiça penal internacional*. In: 2º CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2004, Curitiba. MENEZES, Wagner (Org.) *O Direito Internacional e o Direito Brasileiro: Homenagem a José Francisco Rezek*. Rio Grande do Sul: Unijuí, 2004, p. 226.

¹⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1999. v. 2, p. 385.

¹⁶ O Estatuto indica o crime de genocídio no art. 6º, o qual revela quais serão os atos considerados como genocídio com a finalidade de destruir total ou parcialmente um grupo nacional, étnico, racial ou religioso; já os crimes contra a humanidade é indicado no art. 7º, ou seja, há um rol de ações que tenham sido praticados como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil e com o conhecimento de tal ataque; crimes de guerra, estipulado no art. 8º a configuração desta modalidade de crime como parte de um plano ou política ou parte da prática em grande escala de tais crimes expostos; e, por fim, os crimes

Art. 5º. Crimes sob a jurisdição do Tribunal.

1. A jurisdição do tribunal se limitará aos crimes mais graves que preocupem a comunidade internacional em seu conjunto. O Tribunal terá jurisdição, em conformidade com o presente Estatuto, sobre os seguintes crimes:

- a) o crime de genocídio
- b) os crimes contra a humanidade;
- c) os crimes de guerra;
- d) o crime de agressão [...].

Acrescenta-se ainda sobre o caráter complementar do TPI às jurisdições penais internacionais. Este é um dos pontos principais da sua criação, pois somente o Tribunal atuará quando os órgãos judiciários locais dos Estados-membros forem insuficientes ou omissos quanto ao processo e julgamento dos acusados. Neste sentido, leciona TRINDADE:

De conformidade com o princípio da complementaridade, invocado no próprio preâmbulo do Estatuto de Roma, o Tribunal Penal Internacional é concebido como complementar das jurisdições penais nacionais; as próprias condições de exercício de sua competência (artigos 12-14) dão primazia às jurisdições nacionais para investigar e julgar os crimes consignados no Estatuto de Roma, estando o “acionamento” do Tribunal Penal Internacional circunscrito a circunstâncias excepcionais.¹⁷

Desta forma, consoante o entendimento acima, o TPI não interferirá na soberania dos Estados, uma vez que este é um dos princípios basilares das relações internacionais entre os Estados juntamente com os princípios da Igualdade e a da Autodeterminação dos Povos. A seguir, passa-se à análise de dispositivos do Estatuto bem como da Constituição Federal a fim de se verificar os possíveis conflitos existentes no que tange aos direitos humanos uma vez que cada texto legal os trata de maneira diversa.

de agressão, a serem ainda estipulados, desde que em conformidade com os artigos 121 e 123, os quais tratam, respectivamente, de emendas a disposições de caráter institucional e da revisão do Estatuto.

¹⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1999, v. 2, p. 398.

3.1 O CASO DA PRISÃO PERPÉTUA

O termo 'prisão perpétua', indica um local fechado em que permanece o indivíduo ao longo de sua vida até a morte, uma vez que a prisão perpétua tem caráter ininterrupto. Através de nossa Constituição verifica-se, em seu art. 5º, XLVII, b, a proibição dessa modalidade de pena, tendo em vista que, “*não haverá penas de caráter perpétuo*”. Assim, não há que se falar em implementá-la em qualquer ente federado do país, pois o exposto na Carta Fundamental é o que detém pleno vigor em todo o território e para com os cidadãos nacionais. A opção pela vedação às penas de caráter perpétuo “*decorre do princípio da natureza temporária, limitada e definida das penas e compatibiliza-se com a garantia constitucional à liberdade e à dignidade humana.*”¹⁸

Tal artigo é um princípio a ser garantido a todo indivíduo brasileiro e, como tal, não é passível de reforma através de Emenda Constitucional que tenda abolir este direito assegurado, conforme dispõe neste sentido o artigo 60, § 4º, IV CF.

Todavia, o Estatuto do TPI adota a pena de prisão perpétua, inclusa no artigo 77, parágrafo 2º, alínea b, que conta com a seguinte redação:

Art. 77. O Tribunal poderá, observado o disposto no artigo 110, aplicar uma das seguintes penas ao réu considerado culpado por um dos crimes previstos no artigo 5º do presente Estatuto:

- a) [...];
- b) pena de prisão perpétua, quando justificada pela extrema gravidade do crime e pelas circunstâncias pessoais do condenado.

Além disso, necessário acrescentar o que indica o artigo 80 do mesmo Estatuto, que, à primeira vista, afasta a existência de eventual conflito de normas das penas do Estatuto com o direito interno de cada país. Porém, em uma análise mais aprofundada, o que se verifica é a permanência de conflitos no ordenamento jurídico brasileiro.

O artigo supracitado determina que: “*Nada do disposto na presente parte afetarà a aplicação, pelos Estados, das penas em seu direito interno, nem*

¹⁸ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 239.

a legislação dos Estados em que não existam as penas previstas na presente". Primeiramente, tem-se a impressão que este artigo afasta a aplicação da pena de prisão perpétua pelo país cujo direito interno não estipula esta modalidade de pena. Todavia, o que se verifica, na verdade, não é somente devido à ratificação dos Estados-membros em fazerem parte do TPI que os mesmos deverão aplicar a pena para com seus cidadãos em seu direito interno. Em termos gerais, a pena de prisão perpétua será usada aos indivíduos julgados pelo TPI, não interferindo para que haja a aplicação obrigatória desta prisão aos cidadãos de países que não a estipulam em seu direito interno. Neste sentido indica PIOVESAN:

O artigo 80 enuncia explicitamente a não interferência no regime de aplicação de penas nacionais e nos Direitos internos, ressaltando que nada prejudicará a aplicação, pelos Estados, das penas previstas nos respectivos Direitos internos, ou a aplicação da legislação de Estados que não preveja as penas referidas no Estatuto.¹⁹

Entretanto, o conflito entre normas existe, pois apenas há a mudança de julgamento do indivíduo em relação ao Tribunal (se será pelo Tribunal interno ou pelo TPI), mas ainda ele continua cidadão de seu país e, desta forma, possuidor de direitos e garantias fundamentais concernentes a ele. Neste raciocínio, o cidadão brasileiro que possa vir a ser julgado pelo TPI, dependendo dos fatos cometidos, pode vir a ser julgado com a cominação de pena de prisão perpétua. Porém, ressalta-se: ele não deixou de ser brasileiro e, pela Constituição Federal, tem direito assegurado pelo Estado de que não poderá vir a ser sancionado com modalidade de prisão em questão.

Logo, permanece o conflito entre essas duas normas: uma, pela Constituição a qual revela que não haverá penas de caráter perpétuo aos brasileiros; e a outra, pelo Estatuto do TPI, indicando a existência desta prisão ao indivíduo do Estado-parte, dependendo da gravidade do crime e das circunstâncias pessoais do condenado.

Apesar da não existência de julgamentos a respeito do tema em questão, ou seja, não existe ainda um brasileiro julgado pelo TPI com a

¹⁹ PIOVESAN, F. *Temas de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 173.

cominação de prisão perpétua. Caso isto ocorra, a doutrina já tenta estabelecer um consenso a respeito, embora perdure o entrave entre constitucionalistas e internacionalistas. Vejam-se alguns posicionamentos a respeito, para a compreensão de cada raciocínio.

Existe jurisprudência do STF no sentido em admitir a extradição pelo governo brasileiro de estrangeiro reclamado, mesmo que no país a que venha a ser julgado exista a possibilidade do extraditado sofrer com a pena de prisão perpétua.²⁰ Tal medida encontra respaldo no artigo 91 do Estatuto do Estrangeiro cujo conteúdo não se restringe em nenhuma hipótese a extradição em função de pena de prisão perpétua.

Mas o caso é que, quando há proibição constitucional em aplicar a pena de prisão perpétua, o entendimento desta vedação apenas dirige-se ao legislador interno brasileiro, não alcançando os legisladores estrangeiros, muito menos os internacionais. Assim, a sua aplicação interna não é viável – por ser expressa vedação constitucional, não podendo ser internacionalizada nem por tratados internacionais muito menos por emendas, uma vez que se trata de cláusula pétrea - porém, pode ser instituída externamente em um tribunal permanente internacional, a fim de que seja assegurado o bem-estar da humanidade.

Ademais, para os que defendem a existência de um conflito meramente aparente, atentam para o artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o qual revela que o Brasil “*propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos*”. Isto porque o TPI é um tribunal de direitos humanos o qual destaca a dignidade da pessoa humana sendo a proibição constitucional dirigida apenas ao legislador interno o que, na verdade

[...] o Estatuto de forma alguma afronta a nossa Constituição (como se poderia pensar numa leitura mais descompromissada de seu texto); ao contrário, contribui para coibir os abusos e as inúmeras violações de direitos

²⁰ “Extradição. Embargos de Declaração. Prisão Perpétua. A jurisprudência do tribunal é no sentido de admitir, sem qualquer restrição, a possibilidade do Governo Brasileiro extraditar o súdito estrangeiro, mesmo que sujeito a sofrer pena de prisão perpétua no Estado requerente. Embargos recebidos, em parte, para suprir a omissão, sem modificar a parte dispositiva do acórdão embargado.” (STF –EDEXT- 703 - IT - TP - Rel. Min. Sepúlveda Pertence - DJU 17.08.2001, p. 52) *apud* MENEZES, Wagner (Org.). *Estudos de Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2004. v.2, p. 468.

que se fazem presentes no mundo, princípio esse que sustenta corretamente a tese de que a dignidade da sociedade internacional não pode ficar à margem do universo das regras jurídicas.”²¹

E ainda, atentam para a inserção do § 4º ao artigo 5º através da EC nº 45/2005, o qual indica a submissão do Brasil à jurisdição do TPI. Para atenuar ainda essa contradição existente entre os textos legais entendem alguns autores pela não existência de conflito, pois o condenado que se mostrar merecedor dos benefícios estabelecidos no Estatuto poderá ter sua pena reduzida, inclusive a de prisão perpétua, conforme estipula o teor do artigo 110, §§ 3º e 4º do Estatuto. Tal artigo prevê que, quando a pessoa já tiver cumprido dois terços da pena, ou seja, 25 anos, o Tribunal irá reexaminar a pena de prisão perpétua, caso preencha alguns pressupostos da lei a fim de ser reduzida, não configurando conflito com a Constituição.

Todavia, outras posições contrárias podem ser verificadas a partir do posicionamento do ministro aposentado do STJ, Luiz Vicente CERNICCHIARO, indicando que em relação à hierarquia no ordenamento jurídico, entende-se: *“...por norma submissa à Constituição, ao aceitar o Estatuto, o Brasil, sem dúvida, por via oblíqua, estará renunciando à própria soberania. É certo que no momento em que a política entra na sala, o Direito sai pela janela.”*²²

Mas necessário acrescentar que o argumento da interferência na soberania do Estado é veemente rebatido pelos internacionalistas, pois, conforme MAZZUOLI²³:

Não existe restrição ou diminuição da soberania para os países que já aderiram, ou aos que ainda irão aderir, ao Estatuto de Roma. Ao contrário: na medida em que um Estado ratifica uma convenção multilateral como esta, que visa trazer um bem-estar que a sociedade internacional reivindica há séculos, ele não está fazendo mais do que, efetivamente, praticando um ato de soberania, e o faz de acordo com sua Constituição, que prevê a participação do Executivo e do Legislativo (no caso brasileiro: CF 84, inciso VIII e 49, inciso I, respectivamente) no processo de celebração de tratados.

Por outro lado, REZEK afirma que, diante de incompatibilidade de normas de direito internacional e interno, que esta última deve prevalecer de forma a preservar a lei fundamental do Estado, mesmo que isto implique a

²¹ MENEZES, *O direito internacional e...*, op.cit., p. 256.

²² MENEZES, *Estudos de Direito...*, op.cit.v.2, p.469.

²³ Idem, *O direito internacional e...*, op.cit., p. 260.

prática de um ilícito no âmbito externo.²⁴ E, juntamente a este entendimento, FERREIRA FILHO entende que:

há a possibilidade – que suscita graves dificuldades interpretativas – de que o regime do direito reconhecido em tratado seja diferente do que a Constituição atribui ao mesmo direito.[...] Na medida em que, no direito pátrio, a norma proveniente de tratado tem hierarquia de lei ordinária e não de regra constitucional, a conclusão, a meu ver, é o prevalecimento do regime estabelecido pela Carta Magna.²⁵

Este último argumento, prevalece ainda que com a edição do § 3º ao artigo 5º, uma vez que o TPI foi recepcionado internamente com status infraconstitucional.

Embora entendimentos verificados acima digam respeito à hierarquia de normas e à compatibilização jurisprudencial tendo como base a extradição a um país que permite a pena de morte, uma outra questão pertinente ao tema da prisão perpétua e sua aplicação seja no Brasil seja em outros países, é aquela conforme Alcinto Pinto FALCÃO ao afirmar que *“tal pena estaria às testilhas com o princípio de que a pena, entre outros fins, tem o de servir à regeneração e readaptação do condenado à vida civil”*²⁶. Celso BASTOS, entende que

a prisão perpétua priva o homem da sua condição humana. Esta exige sempre um sentido de vida. Aquele que estiver encarcerado sem perspectiva de saída, está destituído dessa dimensão espiritual, que é a condição mínima para que o homem viva dignamente.²⁷

Assim a pena de prisão perpétua é desumana e imprópria para os dias de hoje seja porque contradiz o exposto constitucionalmente como afirmam alguns doutrinadores, seja porque, principalmente, fere o fim à que se destina a pena de prisão, interferindo negativamente para uma aplicação efetiva dos

²⁴ REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: Curso elementar*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p.103.

²⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1. p. 85.

²⁶ FALCÃO, A. P. et al. *Comentários à Constituição*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990. v.1, p.241 *apud* MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002., p. 239.

²⁷ BASTOS, C., MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988. v.2, p. 241 *apud* ibidem, p. 239.

direitos humanos internacionalmente por um Tribunal Penal Internacional criado, em verdade, para a melhor proteção desses direitos, seja para com as vítimas seja para com seus agressores. Em suma, prevalência de direitos humanos a todos, sem distinções.

3.2 O CASO DA EXTRADIÇÃO DE NACIONAIS

O conceito de extradição pode ser verificado conforme Hildebrando ACCIOLY:

É o ato mediante o qual um Estado entrega a outro indivíduo acusado de haver cometido crime de certa gravidade ou que já se ache condenado por aquele, após haver-se certificado de que os direitos humanos do extraditando serão garantidos.²⁸

Alexandre de MORAES também trata do tema ensinando ser “*o modo de entregar o estrangeiro ao outro Estado por delito nele praticado*”.²⁹ Portanto, a extradição é a entrega de um indivíduo por um Estado a outro com a finalidade da pessoa ser processada e julgada no Estado competente para puni-la. Assim, verifica-se a extradição passiva e a ativa: esta é aquela requerida pelo Estado a outro para que possa processar e julgar o criminoso que se encontra no território do requerido; e aquela, é a requerida ao país em que se encontra o criminoso.³⁰ A extradição objeto de estudo é a passiva.

Acrescenta ainda ACCIOLY que o instituto da extradição tem por finalidade evitar que um indivíduo não pague pelas conseqüências do crime cometido, mediante a cooperação internacional, diferenciando do instituto *surrender*³¹, e ainda, conforme o artigo XI da Declaração Universal dos Direitos

²⁸ ACCIOLY, H.; NASCIMENTO E SILVA, G. E. *Manual de direito internacional público*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002., p. 398.

²⁹ MORAES, A. *Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p.119.

³⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1. p. 64.

³¹ Este instituto, cuja tradução é a entrega, é adotado pelos países da Comunidade Européia e, como é um sistema sumário e diminui a burocracia, ACCIOLY atenta que os direitos do indivíduo possam deixar de ser devidamente protegidos.

do Homem³², o instituto da extradição também visa garantir um julgamento justo ao acusado.³³

Na Constituição existe um tratamento diferenciado aos brasileiros natos, naturalizados e aos estrangeiros quanto à aplicação da extradição, conforme se observa no artigo 5º, incisos LI e LII.

No inciso LI dispõe que *“nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei”*. Portanto, verifica-se o direito do nacional em nunca ser extraditado e, no caso do naturalizado, somente em duas hipóteses.

A extradição, portanto, tem por texto principal em matéria de extradição o artigo 5º, incisos LI e LII da CF, regulamentados pela Lei nº 6.815/80, e o Decreto nº 86.715/81. Nota-se que esse artigo, como o anteriormente analisado a respeito da prisão perpétua, também se trata de cláusula pétrea, em que não pode este direito ser objeto de Emenda Constitucional que tenha por alvo a sua eliminação do ordenamento constitucional, conforme o art. 60 § 4º, IV.³⁴ Assim, será verificada a seguir posições contrárias dizendo sobre a existência de conflito entre o disposto na Constituição e no presente Estatuto do TPI.

O Estatuto, em seu artigo 102 revela que, por “entrega” entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal nos termos do presente Estatuto, e por extradição, a entrega de uma pessoa por um Estado a outro, de acordo com a convenção entre os Estados ou no direito interno. Assim, o termo utilizado para a disposição de um nacional ao TPI para processo e julgamento é a “entrega”, e não “extradição”, embora tal diferença nominal não diferencie o que ocorre na prática.

³² Enuncia o artigo IX: *“Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenha sido asseguradas todas as garantias necessárias a sua defesa”*.

³³ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. *Manual de Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 398 – 402.

³⁴ Cf. MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p.242.

Ademais, a cooperação entre Estado e o TPI é regida pelo princípio da complementaridade, ou seja, a jurisdição do TPI somente será exercida quando for constatada a incapacidade ou falta de disposição dos Estados em processar e julgar, a fim de que não haja interferência nos sistemas judiciais de cada Estado.

Já para aqueles que entendem existir situação de incompatibilidade entre os dois dispositivos baseiam-se no argumento de que a Carta Magna e a determinação de entrega de nacionais ao tribunal são excludentes, diante de vedação expressa, conforme o exposto no artigo 5º, inciso LI da Constituição. Ademais, tal dispositivo não pode ser objeto de emenda, pois, com base no artigo 60, § 4º, inciso IV CF, o artigo 5º, LI CF é cláusula pétrea em nosso ordenamento. Logo, apenas um poder constituinte originário seria competente para criar um texto que viesse a permitir a entrega de nacionais.³⁵

Entretanto, outros autores defendem a compatibilidade entre os dois textos afirmando que a Constituição refere-se à extradição, enquanto que o instituto utilizado pelo TPI é a entrega.³⁶ Entendem eles que o próprio Estatuto determinou a diferença entre extradição e entrega: enquanto aquela se refere à entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno; este se refere à entrega de um indivíduo por um Estado à jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

Na entrega, o indivíduo vai a julgamento em um tribunal internacional que seu país de origem aceita como competente e que agrega esforço de diversos Estados para o seu funcionamento, inclusive a colaboração e aceitação do Estado de origem do entregue, dando legitimidade para que tal tribunal possa julgar e sentenciar o estrangeiro. Ademais, conforme o princípio da complementaridade presente no TPI, o Tribunal tem jurisdição complementar à jurisdição penal nacional, ou seja, a entrega de nacional somente dar-se-á caso o Estado demonstre ser incapaz ou não julgue o nacional pelo crime cometido.

³⁵ ROCHA, T. G. P. Entrega de nacionais e prisão perpétua no Tribunal Penal Internacional à luz da Constituição Brasileira in: MENEZES, *Estudos de...*, op.cit., v. 2, p. 467.

³⁶ A exemplo deste entendimento: Antonio Cachapuz de Medeiros, João Grandino Rodas e Valério de Oliveira Mazzuoli.

Assim, o Estatuto prevê um regime de cooperação entre os seus Estados-partes para o êxito das finalidades do TPI. Nos termos do artigo 86 do Estatuto, os Estados-partes deverão cooperar plenamente com o Tribunal, no inquérito e no procedimento criminal, em relação aos crimes de sua competência. Tais Estados, diz o artigo 88, deverão assegurar-se de que o seu Direito Interno preveja procedimentos que permitam responder a todas as formas de cooperação especificadas no estatuto, desde que seja da forma menos burocrática possível, atendendo ao princípio da celeridade.³⁷

Logo, a diferenciação de extradição para com a entrega faz-se necessária para que não exista uma contradição do que é disposto constitucionalmente e no tratado, pois, conforme já se analisou, a posição adotada pelo STF é a de que o Tratado possui nível de lei ordinária e, caso haja antinomia entre Tratado e a Constituição, o conflito será dirimido conforme as regras de solução de antinomias. Entretanto, autores como JARDIM³⁸ analisa o artigo 5º §2º da CF juntamente com o TPI da seguinte maneira:

O Tribunal Penal Internacional está sendo formado mediante um tratado, o que significa dar-lhe recepção constitucional. Sabemos, é verdade, que o Supremo Tribunal Federal nega arbitrariamente esse dispositivo constitucional, determinando que os tratados de direitos humanos ou humanitário não se diferenciam dos demais tratados e, portanto, possuem o mesmo status de lei federal, o que significa dizer que uma lei posterior dessa natureza pode derogar tratados ratificados anteriormente pelo Brasil. Entretanto, optamos pelo concebido na Constituição, e não no imposto por interpretação.

Outro argumento favorável à inexistência de conflito é a previsão a formação de um Tribunal Internacional de Direitos Humanos, através da análise do que preceitua o artigo 7º do ADCT , muito embora o TPI não seja exclusivamente sobre tal matéria, observa-se que seus valores convergem com o almejado projeto constitucional brasileiro.

³⁷ Neste sentido, cf. MAZZUOLI, Valério de O. O Tribunal penal Internacional: Integração ao Direito Brasileiro e sua importância para a Justiça Penal Internacional, in: MENEZES, W. (Org.) *O Direito Internacional e...*, op.cit., p. 250.

³⁸ JARDIM, T.D.M. *O tribunal penal internacional e a sua importância para os direitos humanos*. Artigos sobre o tribunal penal internacional; seu papel, suas funções, suas bases jurídicas, 2000, Série Ação Parlamentar, 110. Disponível em: <www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/cartilha.htm> [05/10/2005].

Por fim, há aqueles que entendem que há diferença entre os dois institutos por outros argumentos, a saber, conforme Antonio Paulo Cachapuz de MEDEIROS, afirmando que o TPI é

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 ao Tribunal não pode ser comparada à extradição. Ademais, uma das principais causas da não-extradição de nacionais – a idéia de que não haverá imparcialidade na Justiça estrangeira – não se aplica ao Tribunal Penal Internacional, porque nestes os crimes estão nitidamente cominados no Estatuto, suas normas processuais são as mais avançadas do Mundo e qualquer tendência a politizar o processo será controlada por garantias rigorosas.³⁹

³⁹ MEDEIROS, A. P. C. *O Tribunal Penal Internacional e a Constituição brasileira*. Artigos sobre o tribunal penal internacional; seu papel, suas funções, suas bases jurídicas, 2000, série Ação Parlamentar, 110. Disponível em: <www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/cartilha.htm> [05/10/2005].

4. POSSÍVEL SOLUÇÃO: O PRINCÍPIO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL

Pelo entendimento majoritário do STF até a edição da EC nº45 e que assim é aplicado ao Estatuto de Roma, os tratados de Direitos Humanos não possuíam estatura especial, sendo equiparados hierarquicamente às leis ordinárias e demais tratados, negando a interpretação de que o artigo 5º § 2º da CF estaria a conceder aos tratados de direitos humanos o nível hierárquico constitucional.

Todavia, como diz respeito aos direitos humanos, de suma importância para que seja garantida a civilização de um país⁴⁰, ainda permanecem dúvidas com relação às soluções a serem buscadas e executadas quando surge quanto a essas normas já integradas no ordenamento jurídico um conflito com as normas constitucionais, pois as normas de direitos humanos internacionais fundam-se no princípio da dignidade humana, a ponto de proteger da forma mais ampla o ser humano.

Uma parcela da doutrina vai tornando pacífico o seu entendimento no que diz respeito ao conflito de normas internacionais com normas internas, deverá prevalecer sempre a regra mais favorável ao sujeito de direito, pois a proteção da dignidade da pessoa humana é a finalidade do sistema jurídico brasileiro, conforme dispõe o artigo 4º, II da CF.

Faz-se mister ressaltar a concepção adotada por PIOVESAN sobre a recepção de um Tratado Internacional de Direitos Humanos, sendo este possuidor de mesma hierarquia constitucional, o que não obsta que existam conflitos entre normas constitucionais e as convencionais internacionais sobre direitos humanos. Entretanto, partindo da idéia de igual hierarquia entre essas normas, e unindo o que é aplicado na Constituição Federal, ainda se pode utilizar a primazia da norma mais benéfica ao indivíduo no caso concreto. Na verdade é uma ponderação de valores, e que, neste sentido, expõe Antônio Augusto Cançado TRINDADE:

⁴⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1999, v. 2, p. 412.

[...]a primazia é, no presente domínio, da norma que melhor proteja, em cada caso, os direitos consagrados da pessoa humana, seja ela uma norma de direito internacional ou de direito interno.⁴¹

A aplicação da norma mais benéfica apresenta algumas vantagens porque:

1. reduz consideravelmente as pretensas possibilidades de conflitos entre instrumentos legais em seus aspectos normativos;
2. garante maior coordenação entre tais instrumentos, em dimensão tanto vertical (tratados e instrumentos de direito interno) quanto horizontal (tratados entre si).⁴²

Por essas vantagens deve ser imposta a norma que melhor proteja o bem maior, cujo fundamento e paradigma é a dignidade da pessoa humana, pois, a Constituição, ao estabelecê-la como um de seus fundamentos, determina que se deve ter como parâmetro a consecução desse bem jurídico.

Além disso, como já fora exposto, a determinação da inclusão automática dos Tratados Internacionais sobre direitos humanos constituindo o rol de direitos e garantias fundamentais permite que essas disposições possam ser objeto de ponderação de valores com aqueles constitucionalmente assegurados. Assim, deverá prevalecer a norma que confira maior proteção aos direitos do cidadão universal, sem ater-se sobre regras de recepção no ordenamento jurídico – dualistas *versus* monistas. Assim, nas palavras de TRINDADE, *"a polêmica clássica entre dualistas e monistas, em seu inelutável hermetismo, parece ter-se erigido em falsa premissas, ao se ter em mente os sistemas contemporâneos de proteção dos direitos humanos"*.⁴³

Logo, como as normas de direitos humanos visam a proteção do cidadão, estando em jogo direitos fundamentais - que são direitos indisponíveis, inerentes ao ser humano - deverá ser aplicada a norma mais benéfica ao cidadão. E em caso de confronto, a respeito de eventual prevalência da norma de direito nacional sobre aquela outra de direito

⁴¹ TRINDADE. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional: *Anais do VI Seminário Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito*. Rio de Janeiro: UERJ, 1997, p. 318.

⁴² PINHEIRO, Carla. *Direito Internacional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 200, p. 77-78.

⁴³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1997. v. 1, p. 432.

internacional, que tutele universalmente o cidadão, deverá prevalecer a norma que confira maior proteção aos direitos do cidadão universal, seja ela de direito interno ou internacional. Isto porque:

[...] tem-se que seguir regras próprias de interpretação, que seja a regra que melhor se coaduna com os valores em confronto, ou seja, a norma mais favorável ao indivíduo, que, aliás, se harmoniza com a especial dignidade jurídica e axiológica dos direitos fundamentais, constituindo, ademais, pressuposto indispensável à proteção dos direitos humanos. Assim, atendendo ao critério da prevalência da norma mais favorável à vítima, sem sacrificar as normas constitucionais em rota de colisão, aplica-se as regras de praxe que melhor atendam a proteção da pessoa humana.⁴⁴

Assim, regendo a mesma gama de relações, dos indivíduos ante o Estado, o direito internacional e o direito interno apontam aqui na mesma direção, coincidindo no propósito básico e último de ambos da proteção do ser humano, sendo que, a interação entre eles no presente contexto, implicará que os grandes beneficiários serão as pessoas protegidas.⁴⁵

⁴⁴ BALEN, S. A., SOARES, R. A. de Araújo. *Prisão civil do depositário infiel: uma análise a partir da incorporação do Pacto de São José da Costa Rica no ordenamento jurídico brasileiro*. In: 2º CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2004, Curitiba. MENEZES, W. (org.) Estudos de Direito Internacional. Curitiba, Juruá, 2004. v. 2, p.449.

⁴⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1997. v. 1, p. 434 e 444.

5. CONCLUSÃO

As inúmeras atrocidades e violações contra o ser humano cometidas ao longo dos séculos e, principalmente no decorrer das duas grandes guerras implicaram na consciência internacional para a busca de proteção do indivíduo, seja com a criação de entidades, seja através de acordos entre Estados para tal fim. Verifica-se, ainda, que as conquistas do direito internacional em favor da proteção do ser humano projetam-se no direito constitucional, enriquecendo-o e demonstrando que a busca pela proteção cada vez mais eficaz do ser humano é o escopo do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista. Assim, a proteção dos direitos humanos transcende o direito estatal, e o consenso gerado para a internacionalização de sua proteção vem favorecido pela coincidência de objetivo entre o direito interno e internacional.

É neste sentido que o artigo 5º, §1º, da Constituição Federal estipula que as normas de direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata; e o § 2º, do mesmo dispositivo enuncia a possível existência de outras normas através de tratados internacionais pactuados com o objetivo da proteção da pessoa humana. Em suma, a combinação desses dois parágrafos revela que o particular pode exigir o cumprimento de plano dessas normas inseridas no texto constitucional ou daquelas pactuadas internacionalmente sobre direitos humanos e, ainda, que estas últimas adquiririam a mesma hierarquia das normas constitucionais, favorecendo a complementação do rol de direitos humanos previstos neste diploma legal. Assim, torna-se desnecessária e inócua a separação entre os direitos convencioneados internacionalmente e os consagrados constitucionalmente quando objetivam o mesmo fim.

Contudo, não fora esse o entendimento adotado pelo STF quando da análise desses dois dispositivos e quando da implementação do § 3º e 4º ao art. 5º na CF através da EC nº45. Verificou-se a imposição de procedimento legislativo para todas as normas de tratados internacionais e, ainda, que o Supremo confere-lhes o caráter de lei infraconstitucional, somente equiparando os tratados internacionais sobre direitos humanos à emendas constitucionais

quando presentes os pressupostos estipulados no referido §3º. Conseqüentemente, da interpretação conjunta dos §1º e 2º e do § 3º surgem consensos e conflitos entre as normas protetoras dos direitos fundamentais presentes na Constituição e as normas convencionais internacionais de proteção aos direitos humanos.

Partindo da idéia de que quaisquer convenções internacionais para serem inseridas e obterem validade no ordenamento jurídico interno brasileiro devem adotar um procedimento legislativo obrigatório, faz pressupor que, mesmo firmadas as convenções internacionais sobre direitos humanos e ainda não internalizadas, estas não possuem validade interna e nem internacional. Porém, o que acontece é apenas a falta legislativa interna, pois o compromisso internacional já fora assumido quando da ratificação da convenção, devendo os Estados zelarem e tomarem suas medidas para que as normas garantidoras de proteção do ser humanos sejam devidamente cumpridas.

Logo, a responsabilidade do Estado em relação à comunidade internacional e para com seus cidadãos persistiria mesmo que não houvesse inserção das normas convencionais internacionais no direito interno, pois a norma internacional condizente aos direitos humanos teria eficácia imediata no direito interno uma vez que se referem aos direitos fundamentais; e no direito internacional teria eficácia a partir do ato de ratificação.

Acrescenta-se que um dos princípios basilares de todo o ordenamento jurídico brasileiro é o da dignidade humana, e é neste sentido que deve ser permitido que um direito consagrado através de uma convenção internacional sobre direitos humanos seja elevado à hierarquia de normas constitucionais de mesmo valor, o que não acontece nos casos conflitantes explicitados, pois a Estatuto de Roma fora aprovado antes da publicação do §3º do art.5º da CF, sendo este o elo que faria o referido Estatuto ser equiparado hierarquicamente à Constituição, muito embora já exista entendimento doutrinário de que o §4º do art. 5º da CF elevou o Estatuto de Roma à hierarquia constitucional.

É nesta seara que surgem as controvérsias a respeito da prevalência da norma internacional sobre a norma interna, ou vice-versa; ou ainda, a prevalência de uma norma constitucional sobre uma outra de caráter

constitucional, quando objetivam o mesmo fim – a proteção do indivíduo através da consagração de direitos humanos. Como este tipo de discussão sobre conflito de normas se perde no tempo, conforme se verificou o entrave entre monistas e dualistas, muitas propostas foram e ainda são buscadas a fim de que o conflito seja suprido. Observa-se uma solução plausível aos anseios ao fim a que se almeja nos dois textos legais conflitantes: a aplicação da norma mais benéfica ao indivíduo, seja afastando a aplicação de um direito expressamente estipulado na Constituição, seja afastando a convenção internacional sobre direitos humanos da qual o Brasil faz parte.

Neste caso, não há que se referir à derrogação ou anulação da norma constitucional, mas sim, à precedência de uma norma em relação a outra, utilizando-se do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, tão caro ao professor GOMES CANOTILHO lecionando que a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê; a cada norma constitucional é preciso conferir, ligada a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulamentação, visando sempre instituir o máximo quando se referir aos direitos e garantias fundamentais.⁴⁶

Logo, os princípios constitucionais podem ser objeto de ponderação de valores e concordância prática consoante o seu peso e as circunstâncias do caso, sendo que, para tanto, deve-se elevar os direitos humanos convencionais internacionais à mesma hierarquia constitucional, sem a necessidade de obstáculos estipulados do § 3º do artigo 5º da CF colocando-se contrário ao já exposto e entendido doutrinariamente nos § 1º e 2º do art. 5º da CF, embora não aceito pelo STF.

Ademais, utilizando-se para a solução desses conflitos, a aplicação do princípio da dignidade humana como fim último na garantia dos direitos fundamentais serve tanto para eximir de responsabilidade o Estado perante a comunidade internacional, pois o fim que se está buscando é o cerne das convenções internacionais sobre direitos humanos, bem como para melhor proteger o indivíduo.

⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1097.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998

CHOUKR, F. H., AMBOS, K. **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

JARDIM, T.D.M. **O tribunal penal internacional e a sua importância para os direitos humanos**. Artigos sobre o tribunal penal internacional; seu papel, suas funções, suas bases jurídicas, 2000, Série Ação Parlamentar, 110. Disponível em: <www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/cartilha.htm> [05/10/2005].

MEDEIROS, A. P. C. **O tribunal penal internacional e a Constituição brasileira**. Artigos sobre o tribunal penal internacional; seu papel, suas funções, suas bases jurídicas, 2000, série Ação Parlamentar, 110. Disponível em: <www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/cartilha.htm> [05/10/2005].

MENEZES, Wagner (Org.). **Estudos de Direito Internacional**: Anais do 2º Congresso Brasileiro de Direito Internacional. Curitiba: Juruá, 2002. 2 v.

_____. (Org.). **O Direito Internacional e o Direito Brasileiro: Homenagem a José Francisco Rezek**. Rio Grande do Sul: Unijuí, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Direitos humanos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

PINHEIRO, Carla. *Direito Internacional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2001.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000;

_____. *Temas de Direitos Humanos*. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: Curso elementar*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (Ed.). *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. San José, Costa Rica: IIDH, ACNUR, CIVIC, CUE, 1996.

_____. *Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1997. v. 1.

_____ . _____. Porto Alegre: Fabris, 1999.v. 2.

_____. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional: *Anais do VI Seminário Nacional de Pesquisa e Pós –graduação em Direito*. Rio de Janeiro: UERJ, 1997.