

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

BETHÂNIA ITAGIBA AGUIAR ARIFA

UM DEBATE AINDA INACABADO...

**O Tribunal Penal Internacional e a Constituição: desafios para o
cumprimento do Estatuto de Roma pelo Brasil**

BRASÍLIA
2014

BETHÂNIA ITAGIBA AGUIAR ARIFA

UM DEBATE AINDA INACABADO...

O Tribunal Penal Internacional e a Constituição: desafios para o cumprimento do Estatuto de Roma pelo Brasil

Dissertação apresentada como requisito necessário à obtenção do grau de Mestre em Direito, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, área de concentração “Sistemas de Justiça, Direitos Humanos e Educação Jurídica”, realizada sob a orientação do Professor Doutor George Rodrigo Bandeira Galindo.

**Brasília
2014**

BETHÂNIA ITAGIBA AGUIAR ARIFA

UM DEBATE AINDA INACABADO...

O Tribunal Penal Internacional e a Constituição: desafios para o cumprimento do Estatuto de Roma pelo Brasil

Dissertação apresentada como requisito necessário à obtenção do grau de Mestre em Direito, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, área de concentração “Sistemas de Justiça, Direitos Humanos e Educação Jurídica”.

Brasília, 30 de agosto de 2014.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. George Rodrigo Bandeira Galindo (UnB)

Profa. Dra. Christine Oliveira Peter da Silva (UniCEUB)

Prof. Dr. Alexandre Luiz Pereira da Silva (UFPE)

Profa. Dra. Inez Lopes Matos Carneiro de Farias (UnB) – Suplente

Ao Vinicius e ao Davi, pelo companheirismo e estímulo. Ao Isaac, esperança de continuidade.

AGRADECIMENTOS

A meu orientador, professor George Galindo, pelas indicações bibliográficas, críticas, lições e, sobretudo, pelo exemplo de amor e dedicação à vida acadêmica. A sua ajuda foi essencial para a realização deste trabalho. Agradeço por sua cumplicidade, paciência e responsabilidade direta na conclusão desta dissertação.

Aos amigos da academia e do Ministério Público que de uma forma ou de outra contribuíram com suas críticas e estímulo para que eu conseguisse completar este percurso. Em nome de Bárbara Pincowska, Carina Calabria, Christine Peter, Letícia Naves, Lucas de Freitas, Raquel Negreiros, Raquel Trabazo, Roberta Mundim e Tahinah Martins, agradeço pela troca de conhecimentos, experiências e força.

Aos colegas do Grupo de Pesquisa “Crítica & Direito Internacional”, com quem compartilhei ideias, dúvidas, anseios, projetos, angústias e leituras, pela parceria e críticas sempre tão enriquecedoras. Aprendi muito com vocês.

A minha família, agradeço pela presença amorosa, a ajuda e o incentivo. Aos meus pais e irmãos, que sempre me deram suporte para que os meus sonhos se concretizassem, me formaram e me fazem, a cada dia, ser quem eu sou. Vinicius e Davi, as palavras não são suficientes para expressar minha gratidão. Vocês são parceiros demais! Obrigada pela paciência e compreensão nas horas de ansiedade e ausência e pelo estímulo nos momentos desanimadores. O apoio de vocês fez toda diferença. Tê-los ao meu lado me faz querer buscar mais e mais, ir longe...

Por fim, a Deus, pelo dom da vida e pela saúde que me permitiu, apesar das dificuldades, produzir esta dissertação. Agradeço, ainda, por serem dEle todas as vitórias alcançadas em minha vida e por ser Ele quem me inspira nas tomadas de decisões, inclusive a de me inscrever na seleção para o programa de mestrado em Direito da Universidade de Brasília. Sem dúvida, proporcionou-me grande crescimento pessoal, profissional e acadêmico.

RESUMO

O trabalho visa a analisar a compatibilidade do Estatuto de Roma de criação do Tribunal Penal Internacional e a Constituição brasileira e a importância de se prosseguir com este debate. A pesquisa foi realizada por meio do levantamento e da revisão bibliográfica e jurisprudencial e da coleta de dados sobre o tema. A partir de um estudo da forma como a questão tem sido enfrentada e da evolução jurisprudencial sobre temas a ela subjacentes, propõe-se um novo paradigma para as discussões. A perspectiva é da amplitude e universalidade da proteção dos direitos humanos e da cooperação ampla e irrestrita com o Tribunal Penal Internacional, que devem impulsionar o comportamento dos Estados, inclusive do Brasil, em relação à Corte. São, portanto, indicados e analisados os desafios da imunidade do acusado, da pena de prisão perpétua, do princípio da legalidade, da imprescritibilidade dos crimes, das anistias domésticas, da incompetência do Supremo Tribunal Federal para analisar pedidos de cooperação com o Tribunal Penal Internacional, da atuação do Ministério Público e da exceção à coisa julgada. Ao final, a conclusão alcançada é de que esses desafios são superáveis e de que a compatibilização do direito internacional e do direito interno permite que o Brasil, transpondo o paradigma da soberania absoluta e da supremacia da ordem jurídica interna, atenda aos compromissos internacionalmente assumidos e adote uma postura proativa de cooperação com o Tribunal Penal Internacional.

Palavras-chave: Tribunal Penal Internacional; Estatuto de Roma; Constitucionalidade; Brasil; Cooperação Internacional.

ABSTRACT

The aim of this study is to assess the compatibility between the Rome Statute that established the International Criminal Court and the Brazilian Constitution and the importance of proceeding this debate. The research was conducted utilizing the review of literature and case law surveys and the use of data on the subject. Utilizing a study of how the issue has been addressed and jurisprudential developments on issues which underlie it, we propose a new paradigm for discussions. The perspective is the breadth and universality of human rights protection and the wide and unlimited cooperation with the International Criminal Court. This perspective should positively influence the behavior of all states, including Brazil. Therefore, we will indicate and analyze the challenges of the accused immunity, life sentence, principle of legality, imprescriptible crimes, domestic amnesties, incompetence of the Brazilian Federal Supreme Court to review cooperation requests by the International Criminal Court, the actions of the Prosecutors and the exception to *res judicata*. The conclusion is that these challenges are surmountable and that the compatibility between international and domestic law allows Brazil, transposing the paradigm of absolute sovereignty and supremacy of domestic law, to adopt a proactive behavior of cooperation with the International Criminal Court.

Keywords: International Criminal Court; Rome Statute; Constitutionality; Brazil; International Cooperation.

Sumário

Introdução	10
1. Os reflexos da inconstitucionalidade do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional	15
1.1. Tribunal Penal Internacional: um marco no caminho da paz e da segurança universal pelo direito	15
1.1.1. Dos tribunais penais militares ao Tribunal Penal Internacional.....	19
1.1.2. A assinatura do Estatuto de Roma.....	21
1.1.3. O que já foi realizado e o que ainda se espera do Tribunal Penal Internacional.....	22
1.2. Os reflexos da inconstitucionalidade do Estatuto de Roma: um tema atual e necessário	31
1.2.1. O desejo de constitucionalidade do Estatuto de Roma	33
1.2.2. A cooperação com o Tribunal Penal Internacional	34
1.2.3. O caso Hassan Ahmad Omar Al Bashir (Petição n. 4.625).....	37
2. Os desafios para o cumprimento do Estatuto de Roma pelo Brasil - questões materiais	41
2.1. Considerações prévias: o diálogo entre o direito interno e o direito internacional.....	42
2.2. As imunidades do indivíduo perante o Tribunal Penal Internacional.....	45
2.2.1. A jurisdição brasileira e o pedido de cooperação do Tribunal Penal Internacional no Caso Omar Hassan Ahmad Al Bashir	48
2.2.2. A visão do Ministério Público Federal a respeito da imunidade prevista no Estatuto de Roma.....	50
2.3. Pena de prisão perpétua	52
2.3.1. A pena de prisão perpétua estatutária na visão do Supremo Tribunal Federal	57
2.4. Princípio da legalidade.....	60
2.4.1. Tipificação dos crimes previstos no Estatuto de Roma pelo ordenamento jurídico brasileiro.....	63
2.4.2. A tipificação do crime de agressão	66
2.5. Imprescritibilidade dos crimes previstos no Estatuto de Roma	69
2.5.1. O reconhecimento da imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade como obrigação internacional	73
2.5.2. A imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos	75
2.6. A validade das anistias internas perante o Tribunal Penal Internacional.....	77
2.6.1. A anistia no Direito Internacional	80
2.6.2. A consolidação do tema no Sistema ONU de Proteção dos Direitos Humanos	81
2.6.3. A consolidação do tema nos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos	85
2.6.4. A anistia na visão do Supremo Tribunal Federal	90
3. Os desafios para o cumprimento do Estatuto de Roma pelo Brasil – questões procedimentais	97

3.1. Incompetência do Supremo Tribunal Federal para analisar pedidos de cooperação com o Tribunal Penal Internacional.....	97
3.2. O modelo de atuação do Ministério Público do Tribunal Penal Internacional	101
3.2.1. Instauração de inquérito de ofício e investigação direta pelo Procurador.....	106
3.2.2. A possibilidade de investigação direta pelo Ministério Público sob a perspectiva do Direito Interno e do Direito Internacional.....	109
3.2.2.1. A possibilidade de investigação direta pelo Ministério Público e o Supremo Tribunal Federal	117
3.2.2.2. A possibilidade de investigação direta pelo Ministério Público e a Proposta de Emenda à Constituição n. 37/2011	124
3.2.3. Princípio da obrigatoriedade	126
3.2.4. Independência e imparcialidade do Ministério Público perante o TPI	128
3.3. Exceção à coisa julgada	131
Conclusão	134
Referências	140

Introdução

O Tribunal Penal Internacional (TPI) foi criado pelo Estatuto de Roma, em 15 de junho 1998, na Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas. Após diversos debates entre os mais de cento e cinquenta países presentes, o tratado de sua criação foi aprovado, em 17 de julho de 1998. O Brasil teve atuação na Conferência de Roma e proferiu um dos cento e vinte votos favoráveis à aprovação do Estatuto. Aproximadamente dois anos depois, em 7 de fevereiro de 2000, o tratado foi assinado e o instrumento de ratificação depositado, em 20 de junho do mesmo ano. Posteriormente, o então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, promulgou-o, por meio do Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002. Em 2004, a Emenda Constitucional n. 45 (EC 45/2004) inseriu o § 4º no artigo 5º da Constituição para prever a submissão do País à jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

As regras do Estatuto de Roma demonstram a preocupação em reparar os danos sofridos pelas vítimas e evitar a impunidade dos agentes responsáveis por graves violações dos direitos humanos. Servem, portanto, de estímulo para que novas condutas de igual gravidade sejam evitadas. Além disso, o Tribunal Penal Internacional apresenta avanços significativos em relação aos tribunais penais internacionais que o precederam: os tribunais internacionais militares, os tribunais internacionais *ad hoc* e os tribunais internacionais mistos. É maior a sua legitimidade, por ter sido criado através de tratados multilaterais, não como manifestação unilateral de potências vencedoras, por ter uma proposta de permanência, ou seja, não foi criado *ex post factum*, com o objetivo de julgar conflitos determinados e crimes ocorridos antes da vigência do tratado que o instituiu, e por assegurar garantias antes não estabelecidas em favor dos acusados da prática de “crimes internacionais”.

Ciente do importante papel do TPI e da evolução que ele representa, a decisão política brasileira foi de assinar, ratificar e promulgar o Estatuto de Roma. Contudo, antes da criação do TPI e da EC 45/2004, a Constituição brasileira já previa garantias fundamentais consideradas cláusulas pétreas que o Brasil não poderia deixar de assegurar aos acusados em processos penais domésticos. A ratificação do Estatuto pelo Brasil não impediu, portanto, objeções quanto aos limites de sua aplicação no País. A efetivação interna das regras previstas no tratado não é tarefa fácil e existem fundamentos ainda não esclarecidos subjacentes à questão. Passados mais de treze anos da internalização do tratado, ainda não foram dirimidas as questões que serão abordadas no presente estudo; pelo contrário, algumas delas são

apontadas como “desafios” a serem enfrentados no cumprimento e implementação do Estatuto de Roma pelo Brasil. Aqui reside o problema que deu origem à presente pesquisa.

O objetivo geral desta dissertação é exatamente identificar e analisar os eventuais conflitos entre alguns dispositivos do tratado e a Constituição. A pesquisa visa, também, a questionar os fundamentos subjacentes ao debate sobre as incompatibilidades suscitadas. Tem o escopo de tomar a crítica no sentido de que, apesar de a criação do TPI ter sido realizada por meio do discurso penalista, isso não pode significar que a busca da sua natureza e, por consequência, da sua fundamentação deva ser realizada somente com base em princípios e regras de Direito Penal e Constitucional ou de Direito Internacional Geral, mas sim a partir da compreensão do TPI como uma instituição inserida tanto no Direito Interno quanto no Direito Internacional e, sobretudo, na Teoria Geral dos Direitos Humanos.

Como objetivos específicos têm-se: pesquisar os subterfúgios utilizados pelo Direito Interno para evitar o Direito Internacional; por meio de uma análise empírica das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), verificar se, ao longo dos treze anos de internalização do tratado e doze anos de funcionamento do TPI, consolidou-se algum entendimento que revele uma tendência jurisprudencial pátria acerca da implementação das regras estatutárias pelo Brasil, em qual sentido ela está e quais os seus fundamentos; fazer um estudo das normas e decisões internacionais sobre temas afetos à problemática que se pretende enfrentar; verificar como e por meio de que práticas o Brasil poderá contribuir para a visão do Tribunal Penal Internacional como um instrumento de defesa dos direitos humanos; e buscar soluções para as incompatibilidades do Estatuto de Roma e a Constituição que não estejam pautadas simplesmente na prevalência do Direito Internacional ou do Direito Interno e para que o Brasil, cumprindo as obrigações internacionalmente assumidas, envide esforços para cooperar com o TPI.

A insistência pela pesquisa do tema decorre, assim, primeiramente, de um anseio de fuga da separação absoluta entre o Direito Internacional e o Direito Interno. É essencial desmistificar a dicotomia, a partir da percepção de que o constitucionalismo não é limitado às esferas internas, mas pressupõe uma pluralidade de dimensões. Os crimes sob jurisdição do TPI são distintos, e por isso, inevitavelmente, vão existir pontos de colisão com os ordenamentos jurídicos domésticos. Os parâmetros para a solução desses conflitos devem ser, então, também diferentes.

Em segundo lugar, a pesquisa decorre da necessidade de se enfrentar, mais uma vez, agora sob uma discussão centrada também no Direito Internacional Penal, o problema do descumprimento reiterado de acordos e decisões internacionais. É indubitável que o Brasil

tem ratificado diversos tratados. Esta expansão do Direito Internacional não ocorre, todavia, de maneira tão linear quanto parece. Há vários casos em que as normas jurídicas internacionais, sobretudo os tratados assinados e ratificados pelo País, são negligenciados e até mesmo flagrantemente violados. É preciso entender como e porque isso acontece. O exemplo utilizado para tentar se aprofundar no estudo dessa realidade é exatamente a implementação do TPI na ordem jurídica interna. Não se deve admitir que o Brasil, no livre exercício de sua vontade, após amplo debate, ratifique um tratado, que produz direito entre as partes, acrescente ao texto constitucional que se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional e, depois, por meio de uma interpretação literal e restritiva da Constituição e sob uma perspectiva exclusivamente de direito interno, negue o cumprimento a este tratado e aos atos de cooperação com o TPI exigidos pelo Estatuto de Roma.

O presente estudo é fruto, então, da esperança de que a possibilidade de compatibilizar as regras do Estatuto de Roma e a ordem jurídica interna, a partir de um raciocínio científico, possa auxiliar o País no cumprimento dos compromissos assumidos internacionalmente e do princípio constitucional da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais. A mudança de paradigma dos discursos poderá permitir que os debates sobre o cumprimento de tratados internacionais tenham como escopo a busca de soluções deferentes tanto ao Direito Internacional quanto ao Direito Interno, como figuras indissociáveis e integrantes de um sistema ainda maior, cuja finalidade precípua é a defesa da pessoa humana.

Em terceiro lugar, almeja-se apresentar enfoques diversos para a discussão. O conflito de normas constitucionais e tratados, de fato, não é um tema novo, tanto que não se pretende aqui ater-se ao debate sobre a hierarquia dos tratados e as discussões sobre teorias monistas e dualistas, que, em geral, são indicadas nos estudos sobre o tema. A novidade está exatamente em propor ou reforçar mudanças nas bases dessas discussões. O escopo é demonstrar que o debate sobre este aparente conflito deve ser realizado em atenção ao já citado paradigma do intercâmbio entre o Direito Internacional e o Direito Interno e, mais que isso, à evolução do tratamento conferido a temáticas subjacentes aos desafios apresentados no âmbito do Direito Internacional e do Direito Interno, em especial pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e pelo Supremo Tribunal Federal, e à visão ampla, irrestrita e proativa de cooperação internacional que se espera que o Brasil tenha em relação ao TPI.

Ao longo da pesquisa, por diversas vezes, um questionamento tornava a me inquietar: ...mas o que tem o Brasil a ver com o Tribunal Penal Internacional? As espécies de crimes a serem julgados pelo TPI não integram, felizmente, o cotidiano brasileiro. Não há

notícias atuais da prática, no País, de crimes de genocídio, crime de guerra ou crimes contra a humanidade, nos moldes em que descritos no Estatuto de Roma. Ainda que o tenha sido em tempos passados, o processo de transição no Brasil iniciou-se antes mesmo da criação do TPI. Como o Estatuto de Roma dispõe, entre as garantias do acusado, o princípio da anterioridade, que exige que a lei seja vigente no momento em que cometido o delito, não haveria como incidir a jurisdição do Tribunal Penal Internacional no caso de eventual persecução penal dos perpetradores dos crimes praticados durante a ditadura militar brasileira. O Brasil não parece, portanto, necessitar da jurisdição complementar do TPI.

Nada disso, contudo, é suficiente para afastar a relevância do debate aqui proposto. O País, certamente, ao reconhecer a constitucionalidade do Estatuto, estará amparado em eventuais situações futuras que venham a configurar as hipóteses de incidência da competência da Corte Criminal. Cumprirá, ademais, as obrigações internacionais decorrentes da ratificação do Estatuto. Ainda, poderá dar um passo na reconstrução de outras democracias que sofreram ou ainda sofrem com regimes de opressão. Nunca é demais lembrar que, quando se fala na proteção dos direitos humanos, o ideal de universalidade e cooperação é o que deve impulsionar o comportamento dos Estados. O Brasil precisa, então, sair de uma atuação cômoda, isolada e egoísta, pautada em pressupostos ultrapassados de soberania absoluta e de supremacia da ordem jurídica interna, para agir em favor dos Estados e indivíduos que sofrem os efeitos dos crimes graves cometidos e da impunidade de seus autores.

Assim é que insisti na pesquisa e na elaboração da dissertação, que está estruturada em três capítulos, escritos a partir do levantamento e da revisão bibliográfica, da pesquisa jurisprudencial interna e internacional, em especial do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e da coleta de dados, que envolveu a pesquisa dos casos julgados ou sob análise do Tribunal Penal Internacional, das práticas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário brasileiros e das normas internacionais sobre questões relacionadas, diretas ou indiretamente, ao tema proposto.

No primeiro capítulo, são abordados os reflexos da inconstitucionalidade do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. O objetivo é justificar o estudo das possíveis incompatibilidades do tratado com a Constituição brasileira. Inicialmente, são apresentados o significado da Corte Penal no processo de busca da paz e da segurança universais, o processo e os fundamentos da sua criação, o que foi por ela realizado ao longo dos seus doze anos de existência e o que ainda se espera da sua atuação. Em seguida, são

analisados a visão e o “comportamento” do Brasil em relação ao Tribunal Penal Internacional e, por fim, as implicações de se discutir a constitucionalidade do Estatuto de Roma.

No segundo e no terceiro capítulo são apresentados os desafios para o cumprimento e a implementação do Estatuto de Roma pelo Brasil. O objetivo é identificar os possíveis pontos de confronto entre o tratado e a Constituição, sob quais premissas eles devem ser estudados e verificar se, de fato, as inconstitucionalidades existem ou se são apenas aparentes. No capítulo segundo, antes de abordar propriamente cada um dos desafios, são estabelecidas as considerações prévias ao debate, referindo-se ao necessário diálogo entre o direito interno e o direito internacional para o enfrentamento do tema. Em seguida, são analisados os seguintes desafios de ordem material: as imunidades do indivíduo perante o Tribunal Penal Internacional, a pena de prisão perpétua, o princípio da legalidade, a imprescritibilidade dos crimes previstos no Estatuto de Roma e a validade das anistias internas perante o Tribunal Penal Internacional. No capítulo terceiro, são abordadas os desafios de ordem procedimental: a incompetência do Supremo Tribunal Federal para analisar pedidos de cooperação com o Tribunal Penal Internacional, a atuação do Ministério Público e a exceção à coisa julgada.

1. Os reflexos da inconstitucionalidade do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional

Não é razoável que um Estado, qualquer que seja, tendo passado a fazer parte do Tribunal Penal Internacional, alegue que não cumprirá as decisões desse organismo judiciário, por respeito à lei interna¹. Esta já teria se conjugado à ordem internacional, ou vice-versa, no momento da assinatura do tratado de criação da Corte. Apesar disso, persistem os argumentos de incompatibilidade do Estatuto de Roma com a Constituição brasileira, o que, em princípio, pode configurar um óbice ao cumprimento do tratado e à cooperação com o Tribunal.

O objetivo deste capítulo é exatamente justificar o estudo dessas possíveis incompatibilidades. Para tanto, serão apresentados: o processo e os fundamentos da criação do Tribunal Penal Internacional; o que ele significa; o que já foi realizado pela Corte ao longo de sua existência, e o que ainda se espera da sua atuação; a visão e o “comportamento” do Brasil em relação ao TPI; e, por fim, a relevância de se discutir a inconstitucionalidade do Estatuto de Roma.

1.1. Tribunal Penal Internacional: um marco no caminho da paz e da segurança universal pelo direito

Hans Kelsen, em sua “A paz pelo direito”, diz que “a paz é um estado caracterizado pela ausência de força”². Todavia, em uma sociedade organizada, a ausência absoluta de força não é possível. O seu emprego na relação entre indivíduos é aceitável quando reservado à sociedade. Ou seja, para garantir a paz, a ordem social não exclui todo e qualquer tipo de ato coercitivo, mas autoriza determinados indivíduos e instituições a praticar esses atos, desde que observadas certas condições. Nas palavras do autor:

O emprego da força, em geral proibido por ser delito, é permitido excepcionalmente como reação contra o delito, isto é, como sanção. O indivíduo que, autorizado pela ordem social, pratica atos coercitivos contra outros indivíduos age como um órgão da ordem social ou – o que dá no mesmo – como um agente da sociedade constituído por essa ordem. Somente o indivíduo por cujo intermédio a sociedade age, somente o órgão da sociedade, é competente para praticar um ato coercitivo como sanção dirigida ao transgressor da ordem, o delinquente. Desse modo, a ordem social faz do uso da força monopólio da comunidade, e agindo assim pacifica as relações mútuas entre seus membros. A característica essencial do

¹ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O Tribunal Penal Internacional. A internacionalização do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 136.

² KELSEN, Hans. **A paz pelo direito**. Tradução: Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 3.

direito como ordem coercitiva é estabelecer o monopólio comunitário da força³.

Quando a questão é garantir a paz e a segurança internacionais, cujo alcance depende, em certa medida, da investigação das práticas criminosas, da identificação e punição de seus autores, “parece que nenhuma resposta é mais evidente por si mesma que esta: unir todos os Estados individuais, ou pelo menos, o máximo número possível”⁴, para juntos construírem uma organização internacional legítima que se coloque à disposição de todos na busca dos objetivos almejados. O Tribunal Penal Internacional foi concebido exatamente com a pretensão de ser esse “indivíduo”, isto é, o órgão legítimo para, no “uso da força monopólio da comunidade”, processar criminalmente os autores das práticas criminosas graves que permanecem impunes, devido à inação das jurisdições domésticas, e para, através do uso do seu poder punitivo (que lhe foi transferido pela comunidade), agir de forma a “pacificar as relações mútuas entre seus membros”, Estados que livremente aceitaram o tratado internacional de sua criação. Nesse contexto, decerto pode-se afirmar que uma das bases teóricas da criação do Tribunal Penal Internacional reside na ideia de paz e segurança universais pela força ou pelo direito.

Aliás, em 1944, data em que a obra foi originalmente publicada, em inglês e com o título *Peace through law*, Kelsen já falava da responsabilidade individual dos autores de crimes de guerra⁵ e “profetizava” que:

A criação de um tribunal internacional composto de juízes que não são representantes dos Estados conflitantes e que opera de acordo com as decisões votadas pela maioria e vinculativas para os Estados conflitantes em geral é considerada compatível com a soberania e a igualdade dos Estados⁶.

[...]

Quanto à questão do tipo de tribunal que deverá ser autorizado a julgar os criminosos de guerra, nacional ou internacional, resta pouca dúvida de que um tribunal internacional é muito mais adequado para essa tarefa que um tribunal nacional civil ou militar. Somente um tribunal criado por um tratado

³ KELSEN, Hans. **A paz pelo direito**. Tradução: Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 3.

⁴ Este raciocínio é utilizado por Kelsen não para se referir ao Tribunal Penal Internacional em si, mas à sua proposta de criação de um Estado mundial. Contudo, adota-se aqui a concepção teórica kelseniana por se entender como inteiramente adequada aos debates sobre a construção de uma corte internacional penal permanente como o TPI. Aliás, ao Tribunal, que foi constituído por um tratado internacional, se aplica ainda com maior razão, na medida em que ele decorre da adoção não apenas da teoria da força, mas também da doutrina do contrato. KELSEN, Hans. **A paz pelo direito**. Tradução: Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 4-5.

⁵ KELSEN, Hans. **A paz pelo direito**. Tradução: Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 65-114.

⁶ KELSEN, Hans. **A paz pelo direito**. Tradução: Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 41. Para o estudo da visão de Kelsen sobre um tribunal internacional c.f., ainda, as páginas 40 a 46 da mesma obra.

internacional, do qual sejam partes contratantes não apenas os Estados vitoriosos mas também os vencidos, não encontrará certas dificuldades que um tribunal nacional enfrentaria. [...] Mas apenas um tribunal internacional – internacional não só em relação a sua base jurídica, mas também no que se refere a sua composição – pode estar acima de qualquer suspeição de parcialidade. Os tribunais nacionais, e particularmente os tribunais militares nacionais, são inevitavelmente vulneráveis à suspeita⁷.

Também no sentido da construção da paz pelo direito, convém lembrar o projeto de “Paz Perpétua” de Kant. O essencial da proposta kantiana é a postulação de conquista da liberdade universal por meio de regras de Direito que permitam a harmonização da conduta externa de um determinado Estado com a das demais coletividades estatais. Segundo Kant, caso os Estados permaneçam, em suas relações internacionais, desprovidos de regras básicas, que são as que permitem a existência de liberdade, eles continuarão a violar os direitos dos cidadãos em decorrência de seus propósitos expansionistas. Considerada a finalidade da paz perpétua como espécie de princípio moral apriorístico, a cessação das hostilidades requer o êxito do acordo real, e não de uma mera idealização desprovida de plena eficácia jurídica. Desse modo, o desejo pacificador perpassa a inexorável reorganização da sociedade internacional e o reconhecimento da importância do direito como instrumento concretizador do ideário de convivência pacífica e harmoniosa entre as nações.

O que ele defende, portanto, em última análise, também é a perspectiva do direito como instrumento pacificador das relações entre os povos e o faz com base no ideário do desenvolvimento de uma Constituição geral dos Estados nacionais e de uma confederação de Estados. A realização de um autêntico Estado de Direito em nível internacional, no seu entender, minimizará esta ameaça, apesar de, para isso, depender da formação de uma nova ordem federativa mundial, por ele denominada de *foedus pacificum*⁸. A construção do sistema federativo mundial proposto por Kant implicaria repartição racional de competências e, conseqüentemente, distinção e reconhecimento jurídico de unidades políticas, de certo modo, autônomas. Além disso, ficaria consubstanciado, por meio de medidas consensuais de diferentes partes, a construção das bases lógico-rationais para a formação de organizações políticas supraestatais verdadeiramente voltadas à manutenção da paz mundial e cooperação entre os povos. Tudo isso, contudo, levando em conta o princípio da subsidiariedade, de forma que o nível “inferior” de poder, aquele melhor aproximado do indivíduo, jamais viesse a ser preterido aos níveis “superiores” de poder.

⁷ KELSEN, Hans. **A paz pelo direito**. Tradução: Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 103.

⁸ KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 2002, p. 119-171.

O ideal de criação do Tribunal Penal Internacional aproxima-se das propostas de Kelsen e Kant, mas a sua implementação não pressupõe, é claro, a existência de um Estado mundial ou, como sugerem os autores, de uma federação ou confederação mundial. Ainda assim, a menção aos projetos Kelseniano e Kantiano é importante, na medida em que também se fundam na ideia de que a conquista da paz acontece através de regras de Direito. E o que é o Estatuto de Roma, senão uma regra jurídica que visa a, de certo modo, permitir uma persecução penal que se pretenda efetiva e disponível não apenas a um ou outro Estado, mas a todos aqueles que a ele adiram?

A ideia da paz pelo direito expressa, destarte, o fundamento basilar da formação de uma corte penal internacional, em especial quando se admite a possibilidade de cessão, ou melhor, do compartilhamento de uma parte da soberania estatal para que seja construída uma organização internacional que busca punir os autores dos crimes considerados de maior gravidade como um mecanismo de se estabelecerem as pretendidas paz e segurança internacionais. De certa maneira, é essa a lógica do Estatuto de Roma ao prever que os Estados, ao aderirem ao Tribunal Penal Internacional, colocam-se a favor da criação de um órgão jurisdicional internacional que complementar os organismos judiciários nacionais. Indubitável, em vista disso, que o TPI é um marco no caminho da paz e da segurança universais pelo direito⁹.

Fixadas as premissas e os fundamentos teóricos que se entende como norteadores do projeto de uma corte penal internacional permanente, passa-se, agora, para a criação do TPI.

⁹ Embora aqui se faça uma afirmação categórica a respeito da crença nos tribunais como um meio de pacificação social, que se reconhece um tanto quanto otimista, vale destacar a importância de um exame crítico e aprofundado da temática e o questionamento que hoje, diante da multiplicação das cortes internacionais, se faz da real efetividade de tais organizações internacionais cumprirem a função libertária para a qual foram idealizadas. Nesse sentido, George Galindo aduz que: “Tribunais internacionais são em grande número no sistema internacional atual e sua influência é cada vez mais profunda. A multiplicação dos tribunais não é algo bom ou ruim, mas um dado que necessita ser estudado. Do mesmo modo, o diálogo entre cortes pode produzir resultados exitosos ou nefastos para a realização da justiça em nível internacional; entretanto, esses resultados são, invariavelmente, produto de escolhas e comportamentos de juízes. Não é mais factível, dizer, como Lauterpacht, que o julgamento irrestrito de questões por tribunais necessariamente contribuirá para um fortalecimento da comunidade internacional. Tribunais internacionais podem cumprir uma função libertária, mas também podem constituir parte do problema. Apoiar ou reagir contra isso, porém, depende essencialmente da exata medida que conhecemos da realidade internacional. E minha impressão é que nós, internacionalistas, conhecemos muito parcamente a realidade social em que o direito internacional está inserido, o que nos dificulta fornecer respostas socialmente aceitáveis e até legítimas para problemas internacionais contemporâneos”. GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Dialogando na Multiplicação: uma aproximação. In: **Revista de Direito Internacional**, v. 9, n. 2, p. 1-10, p. 10, 2012.

1.1.1. Dos tribunais penais militares ao Tribunal Penal Internacional

Antes do período de instalação do Tribunal Penal Internacional e até mesmo concomitantemente aos projetos de sua criação, já haviam sido instaurados, ou estavam em vias de instalação e funcionamento, outros tribunais penais internacionais: os tribunais internacionais militares, os tribunais internacionais *ad hoc* e os tribunais internacionais mistos.

Os denominados tribunais internacionais militares são o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg e o Tribunal Militar Internacional de Tóquio. O primeiro, instituído pela Carta de Londres, foi instaurado em agosto de 1945. A Alemanha havia se rendido incondicionalmente no fim da Segunda Guerra Mundial e a intenção do Tribunal era julgar os grandes criminosos de guerra do Eixo¹⁰. Trata-se de tribunal de exceção, constituído apenas pelos vencedores. Formado por quatro juízes provenientes dos países vencedores (Estados Unidos, França, Inglaterra e a antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas) e quatro juízes suplentes indicados por estas mesmas potências, com a presidência rotativa. Os acusadores também provinham desses Estados. O estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg estabelecia a competência da corte penal militar para julgar três categorias de crimes internacionais: crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade.

O Tribunal Militar Internacional de Tóquio, segundo tribunal internacional militar, foi instituído em janeiro de 1946 por um Comandante americano no Japão: Douglas Mac Arthur. Era constituído por onze juízes provenientes das nações aliadas: Austrália, Canadá, China, Estados Unidos, França, Grã-Bretanha, Índia, Países Baixos, Nova Zelândia, Filipinas e antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas¹¹. Os crimes julgados foram apenas os crimes contra a paz, ao passo que o Tribunal Militar de Nuremberg tinha competência para julgar também os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra.

A principal característica que os distingue dos demais tribunais internacionais é que o julgamento foi comandado pelos vencedores, os Aliados, e os julgados foram os vencidos dando a entender que apenas estes haviam cometido crimes e erros, mas esquecendo-se de episódios como Hiroshima e Nagasaki, praticados pelos vencedores. Destarte, a crítica é que ambos os tribunais militares foram tribunais políticos, pois julgaram de acordo com questões políticas da época, e não com imparcialidade.

¹⁰ PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 591.

¹¹ BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A justiça penal internacional - sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia**. São Paulo: Manole, 2003, p. 28.

Anos depois, vieram os tribunais internacionais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e Ruanda. Diferentemente dos tribunais internacionais militares, os tribunais internacionais *ad hoc* foram instalados por Resolução do Conselho de Segurança da ONU. São *ad hoc*, porque também criados para julgar crimes praticados antes de sua implementação, ou seja, foram instituídos exclusivamente para julgar infrações cometidas durante um determinado período nos territórios da extinta Iugoslávia e em Ruanda. Todavia, pode-se dizer que representaram um avanço por não terem sido originados de um ato estrangeiro, mas sim internacional.

O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (TPII) foi criado pela Resolução 827 do Conselho de Segurança, de 25 de maio de 1993. É fruto de uma reação das instâncias internacionais (não das instâncias estrangeiras) às atrocidades cometidas no território da ex-Iugoslávia¹². O Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) foi criado pela Resolução 955 do Conselho de Segurança, de 8 de novembro de 1994. Assim como o TPII, advém de uma reação das instâncias internacionais às atrocidade praticadas no território de Ruanda¹³. Os tribunais *ad hoc* decorrem, portanto, de uma decisão do Conselho de Segurança tomada através da aplicação do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas.

Ainda como inspiração para a criação do Tribunal Penal Internacional, temos os tribunais internacionais mistos: a Corte Especial de Serra Leoa e os Painéis para Crimes Sérios em Timor-Leste^{14 15}. São chamados de tribunais mistos porque integrados por juízes

¹² BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A justiça penal internacional - sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia**. São Paulo: Manole, 2003, p. 51-56.

¹³ BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A justiça penal internacional - sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia**. São Paulo: Manole, 2003, p. 57-61.

¹⁴ Pode-se, ainda, listar como tribunais mistos o Tribunal Especial para o Líbano e as Câmaras Extraordinárias nas Cortes do Camboja. Isso porque também foram constituídos por juízes nacionais e internacionais e suas sedes estavam situadas no país onde os crimes aconteceram. Optou-se, contudo, por não os mencionar, dadas algumas características importantes que os distinguem. A primeira delas é a base legal utilizada para cada caso. As Câmaras do Camboja foram constituídas a partir de uma série de documentos legais, que culminaram com a assinatura do Tratado de Cooperação entre a ONU e o Camboja; no caso de Serra Leoa, adotou-se o caminho oposto. Primeiro firmou-se um tratado de cooperação que previu a instituição de uma corte especial, para depois serem negociados os termos dos julgamentos. A segunda distinção é que, os tribunais do Camboja e de Serra Leoa foram instituídos por meio de negociação dos Estados com a ONU, a pedido dos primeiros; em contrapartida, os painéis do Kosovo e de Timor Leste foram criados por iniciativa da ONU apenas, porquanto não havia poder estatal apto a postular a solução das controvérsias, de modo que coube às missões de paz (ou autoridades transicionais) o desempenho deste papel. NOWEN, Sara M. H.. Hybrid Courts – The Hybrid Category of a New Type of International Crimes Court. In: **Utrecht Law Review**, v. 2, n. 2, p. 190-214, p. 200-203, dez. 2006.

¹⁵ O Relatório do Secretário-Geral ao Conselho de Segurança das Nações Unidas, de forma resumida, porém elucidativa, apresenta a seguinte sistemática dos tribunais internacionais, com seus traços distintivos: “Tribunais penais internacionais *ad hoc* instituídos pelo Conselho de Segurança como órgãos subsidiários das Nações Unidas para a antiga Iugoslávia (Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia) e Ruanda (Tribunal Penal Internacional para Ruanda); um tribunal misto para Serra Leoa, instituído consensualmente com base em um tratado; um tribunal misto para o Camboja, proposto em virtude de uma lei nacional promulgada para este fim; um tribunal misto (estruturado como uma 'corte dentro de uma corte') na forma de uma Câmara Especial na Corte de Estado da Bósnia e Herzegovina; uma Corte Especial com jurisdição exclusiva sobre graves delitos no Timor-Leste, autorizado em virtude do regulamento promulgado pela Administração de Transição das Nações

nacionais e estrangeiros, ou seja, são frutos de um acordo entre as Nações Unidas e os governos locais.

Paralelamente ao funcionamento dos tribunais mistos, surge o Tribunal Penal Internacional, com o objetivo de evitar novas indefinições quanto à forma de lidar com a prática de crimes contra os direitos humanos, que caracterizaram a criação dos tribunais militares, *ad hoc* ou mistos, ou, ainda, de evitar que novos casos de violações fossem esquecidos e seus perpetradores permanecessem impunes. Vejamos, então, como foi a assinatura do Estatuto de Roma de criação do Tribunal Penal Internacional.

1.1.2. A assinatura do Estatuto de Roma

Ao final da Segunda Guerra Mundial, a Organização das Nações Unidas já cogitava a criação de um tribunal penal permanente. Entretanto, devido à Guerra Fria, o projeto não progrediu. Apenas em 1989, a Assembleia Geral da ONU volta a solicitar a elaboração de um projeto de estatuto do tribunal penal permanente, que foi apresentado pela Comissão de Direito Internacional somente em julho de 1994¹⁶. Após a instalação dos dois tribunais *ad hoc*, os trabalhos no projeto aceleraram. Em 1995, a Assembleia Geral da ONU instituiu, por meio da Resolução 50/46, um comitê *ad hoc*, o Comitê Preparatório, para verificar as principais questões acerca do tribunal permanente. O trabalho desenvolvido por este Comitê levava em consideração o projeto formulado pela Comissão e a experiência dos tribunais *ad hoc*.

Em 15 de junho de 1998, foi apresentado o Estatuto de Roma de criação do Tribunal Penal Internacional, na Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas, que teve a duração de cinco semanas¹⁷. Participaram da Conferência 160 (cento e sessenta) países, 17 (dezessete) organizações intergovernamentais, 14 (quatorze) organismos especializados e fundos das Nações Unidas e 124 (cento e vinte e quatro) organizações não governamentais credenciadas no Comitê Provisório como observadoras. As últimas contribuíram para demonstrar um clima de apoio entre os governos e a opinião pública. O

Unidas no Timor Oriental; a utilização de magistrados e promotores internacionais nos tribunais de Kosovo, de acordo com os regulamentos da Missão de Administração Interina das Nações Unidas em Kosovo”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança. Relatório do Secretário-Geral ao Conselho de Segurança das Nações Unidas. S/2004/616. Versão traduzida para Português. O Estado de Direito e a justiça de transição em sociedades em conflito ou pós-conflito. In: **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília, Ministério da Justiça, n. 1, p. 320-351, p. 338, jan./jun. 2009.

¹⁶ GORAIEB, Elizabeth. **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012, p. 145.

¹⁷ AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo. **O Direito Penal no Estatuto de Roma: Leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 21.

rascunho do Estatuto apareceu na sexta reunião e consistia em 116 (cento e dezesseis) artigos, contendo 173 (cento e setenta e três) páginas de texto e 1.300 (mil e trezentas) palavras, aproximadamente, em colchetes, o que demonstrava a falta de pleno acordo e a pendência de assuntos para a discussão.

No fim da Conferência, foram superadas as principais discrepâncias acerca dos aspectos procedimentais, mas as discussões a respeito do conteúdo do futuro Estatuto ainda persistiam e muitas, aliás, persistem até os dias de hoje. A sua aprovação aconteceu, por fim, em 17 de julho de 1998. China, Estados Unidos, Filipinas, Índia, Israel, Siri Lanka, Timor Leste e Turquia votaram contra o projeto. 60 (sessenta) países, entre eles, Rússia, se abstiveram de votar. Enquanto 120 (cento e vinte) votaram a favor. A sua entrada em vigor ocorreu em 1º de julho de 2002, depois de realizadas todas as ratificações necessárias.

1.1.3. O que já foi realizado e o que ainda se espera do Tribunal Penal Internacional

De acordo com o Estatuto de Roma, o Procurador pode iniciar uma investigação para apurar a prática de crimes da competência do Tribunal Penal Internacional com base em representação de qualquer dos Estados partes ou do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Além disso, as investigações podem ser iniciadas, de ofício, pelo Ministério Público, com fulcro em comunicações recebidas de pessoas físicas ou organizações.

Quatro Estados partes (Uganda, República Democrática do Congo, República Centro-Africana e Mali) comunicaram situações ocorridas em seus territórios. O Conselho de Segurança remeteu duas, do Sudão e da Líbia, ambos Estados não partes. Outras foram iniciadas diretamente pelo Ministério Público. Em 31 de março de 2010, o Juízo de Instrução aprovou a abertura de investigação direta pelo Ministério Público referente à situação do Quênia e, em 3 de outubro de 2011, à da Costa do Marfim¹⁸. De 2002 a junho de 2014, vinte e um casos estiveram ou ainda estão sob apreciação do Tribunal Penal Internacional.

O primeiro deles refere-se à situação em Uganda: *Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo and Dominic Ongwen*. O caso ainda não foi analisado pelo Juízo de Instrução, mas já foram expedidos cinco mandados de prisão contra cinco principais membros do Exército de Resistência do Senhor (LRA). Após a confirmação da morte de

¹⁸ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Disponível em: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/Pages/situations%20and%20cases.aspx. Acesso em: 23 jun 2014.

Lukwiya, um dos membros do LRA, o processo, quanto a ele, foi encerrado. Os quatro demais suspeitos ainda estão foragidos¹⁹.

Cinco²⁰ casos tratam de crimes supostamente praticados na República Democrática do Congo: *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*; *Prosecutor v. Sylvestre Mudacumura*; *Prosecutor v. Bosco Ntaganda*; *Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui*; *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*; e *Prosecutor v. Germain Katanga*. Três dos investigados, Bosco Ntaganda, Thomas Lubanga Dyilo e Germain Katanga, ainda estão sob a custódia do Tribunal Penal Internacional, o primeiro, preso provisoriamente e os dois últimos, em virtude de sentença penal condenatória. Callixte Mbarushimana está na França, na qualidade de refugiado, e Sylvestre Mudacumura está foragido.

Callixte Mbarushimana foi entregue à custódia do TPI pelas autoridades francesas, em 25 de janeiro de 2011, sob acusação de crimes contra a humanidade (homicídio, atos desumanos, estupro, tortura e perseguição) e oito acusações de crimes de guerra (atacar civis, homicídio, mutilação, tratamento cruel, estupro, tortura, destruição de propriedade e pilhagem). Em 2011, a maioria da Câmara entendeu não haver provas suficientes para a responsabilização do acusado, nos termos do artigo 25 (3) (d) do Estatuto de Roma. Em 23 de dezembro de 2011, foi liberado da custódia do TPI. Em maio de 2012, o caso *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana* foi encerrado quando a Câmara de Apelações decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso do Ministério Público contra a decisão proferida pelo Juízo de Instrução I, recusando-se a confirmar as acusações contra Callixte Mbarushimana²¹. O Procurador não está impedido, contudo, de, posteriormente, reabrir as investigações com base em provas adicionais.

Sylvestre Mudacumura, comandante das Forças Democráticas para a Libertação de Ruanda, está sendo investigado pela suposta prática de nove crimes de guerra cometidos de janeiro de 2009 a setembro de 2010, no contexto do conflito no Kivu, na República Democrática do Congo: ataque a civis, homicídio, mutilação, tratamento cruel, estupro, tortura, destruição de propriedade, pilhagens e atentados contra a dignidade pessoal. Em 13 de

¹⁹ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Situation in Uganda. Disponível em: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200204/Pages/situation%20index.aspx. Acesso em: 23 jun 2014.

²⁰ Estão listados seis casos, mas, na verdade, um deles não ultrapassou a investigação, uma vez que as acusações não foram confirmadas. Por isso, fala-se em apenas cinco casos.

²¹ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Mbarushimana case: ICC Appeals Chamber rejects the Prosecution's appeal. Disponível em: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/related%20cases/icc01040110/press%20releases/Pages/pr798.aspx. Acesso em: 26 jun 2014.

julho de 2012, a Câmara Preliminar II expediu, a pedido do Procurador, um pedido de entrega do acusado à República Democrática do Congo, que, contudo, ainda não foi cumprido²².

Bosco Ntaganda, ex-deputado, chefe do Estado-Maior e comandante de operações das *Forças Patriotiques pour la Libération du Congo* (FPLC), apresentou-se voluntariamente para custódia pelo TPI, em 22 de março de 2013, após a expedição de dois mandados de prisão pela Corte. As acusações contra Bosco Ntaganda foram confirmadas nas audiências realizadas nos dias 10 a 14 de fevereiro de 2014²³. Depois disso, o Juízo de Instrução II confirmou, por unanimidade, as acusações da prática de dezoito crimes de guerra (homicídio e tentativa de homicídio, ataque a civis, estupro, escravidão sexual de civis, pilhagem, deslocamento de civis, ataque de objetos protegidos, destruição de bens do inimigo, estupro, escravidão sexual, alistamento e recrutamento de crianças-soldados com idade inferior a quinze anos e uso destas crianças para participar ativamente nas hostilidades) e cinco crimes contra a humanidade (homicídio e tentativa de homicídio, estupro, escravidão sexual, perseguição e deslocamento forçado da população)²⁴. Sem prejuízo de recurso, foi determinada a constituição de um Juízo de Julgamento para apreciação final do caso pelo TPI²⁵.

Mathieu Ngudjolo Chui foi preso em 6 de fevereiro de 2008 e transferido para o centro de detenção do TPI no dia seguinte. Contudo, em dezembro de 2012, foi absolvido, por entender a Segunda Câmara de Julgamento, a mesma que recentemente condenou Germain Katanga, que o Ministério Público não conseguira juntar provas suficientes contra Chui. Ao decidir, os juízes explicaram que a absolvição não significava que o acusado era inocente, mas que ele não poderia ser punido diante de dúvidas sobre sua participação nos crimes. Em 21 de dezembro de 2012, foi posto em liberdade. O Gabinete do Procurador apelou da sentença absolutória, mas o recurso ainda pende de apreciação²⁶.

Como afirma o Procurador do Tribunal Penal Internacional à época da comunicação da situação República Democrática do Congo, Luis Moreno-Ocampo, “a

²² TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1441410.pdf>. Acesso em: 26 jun 2014.

²³ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Ntaganda case: Confirmation of charges hearing ends at ICC. Disponível em: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Pages/pr983.aspx. Acesso em: 26 jun 2014.

²⁴ O processo foi instruído com aproximadamente 69.000 (sessenta e nove mil) páginas de provas.

²⁵ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Pre-Trial Chamber II commits Bosco Ntaganda to trial. Disponível em: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Pages/pr1013.aspx. Acesso em: 26 jun 2014.

²⁶ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui. Disponível em: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/related%20cases/ICC-01-04-02-12/Pages/default.aspx. Acesso em: 26 de jun 2014.

abertura da primeira investigação do TPI é um passo importante para a justiça internacional, contra a impunidade e para a proteção das vítimas”²⁷. A relevância se confirma, à medida que a primeira condenação pelo Tribunal foi exatamente na situação do Congo, especificamente no caso *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. Em 10 de julho de 2012, o acusado foi condenado a quatorze anos de prisão pela prática dos crimes de guerra, por alistar e recrutar crianças com menos de 15 anos de idade e usá-las para participar ativamente nas hostilidades. Foi também neste caso que o Tribunal Penal Internacional tratou pela primeira vez, em 7 de agosto e 2012, dos princípios que deveriam ser aplicados à reparações para as vítimas.

De acordo com a decisão da Câmara, os potenciais beneficiários da ordem de reparação são as vítimas diretas e indiretas que sofreram os danos advindos da conduta criminosa de Thomas Lubanga. Isso inclui os familiares das vítimas diretas e os indivíduos que intervieram para ajudá-las ou para evitar o cometimento dos crimes. Ordenou que as propostas de indenizações fossem recolhidas pelo Fundo Fiduciário para as Vítimas e apresentadas à Câmara de Julgamento I para aprovação. Os princípios estabelecidos pela Câmara destacam a necessidade de assegurar que as reparações sejam implementadas sem qualquer discriminação no que respeita à idade, etnia ou sexo e formuladas tendo em conta a idade das vítimas e a violência sexual sofrida, visando a reabilitar as ex-crianças-soldados em suas comunidades.

Thomas Lubanga foi declarado hipossuficiente e não foram identificados bens ou propriedades a ele atribuíveis. Abriu-se, ademais, a possibilidade de o condenado se voluntariar a um pedido, público ou confidencial, de desculpas às vítimas e de aplicação de outras formas de reparações simbólicas²⁸. Ressaltou, também, o Tribunal que, desde 2009, as atividades no âmbito do mandato de assistência pelo Fundo Fiduciário para as Vítimas beneficiaram mais de oitenta mil vítimas, incluindo-se as vítimas da região de Ituri. Com a

²⁷ Tradução livre da autora do seguinte trecho da decisão de abertura da primeira investigação pelo TPI: “*The opening of the first investigation of the ICC is a major step forward for international justice, against impunity and for the protection of victims.*” TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Situation: Democratic Republic of the Congo.

Disponível em: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/2004/Pages/the%20office%20of%20the%20prosecutor%20of%20the%20international%20criminal%20court%20opens%20its%20first%20investigation.aspx.

Acesso em: 23 jun 2014.

²⁸ Entre as reparações simbólicas, foram listadas: campanhas para melhorar a situação das vítimas; emissão de declarações que reconhecem os danos sofridos; divulgação e atividades promocionais, juntamente com programas educacionais, que fornecem informações e são dirigidas a reduzir a estigmatização e a exclusão das vítimas, evitando qualquer tipo de discriminação.

decisão da Câmara sobre as reparações, o mandato do Fundo Fiduciário para as Vítimas de projetar e implementar as reparações foi ativado pela primeira vez em sua história²⁹.

A segunda e mais recente condenação pelo TPI também foi proferida na situação do Congo, no caso *Prosecutor v. Germain Katanga*. As acusações foram de que, no dia 24 de fevereiro de 2003, a Força de Resistência Patriota em Ituri, de base étnica lendu e ngiti, que tinha Germain Katanga como comandante sênior, teria invadido a aldeia de Bogoro, de etnia hema, localizada no Distrito de Ituri, na República Democrática do Congo, estuprado mulheres e matado várias pessoas, além de cometer saques, destruição da propriedade alheia e pilhagem. Em 25 de junho de 2014, a ação penal transitou em julgado diante da informação das partes de que não apelariam da decisão de 23 de maio de 2014, que condenou Germain Katanga à pena de doze anos de prisão pela prática de crime contra a humanidade e crimes de guerra³⁰.

Para a fixação da pena, o Tribunal levou em conta a gravidade dos delitos e o papel significativo do acusado na sua realização. De acordo com o juiz da Corte, Bruno Cotte, os crimes, dirigidos contra a população de etnia hema, visando à eliminação da aldeia de Bogoro e da sua população, “foram cometidos com particular crueldade e suas cicatrizes ainda podem ser vistas”³¹. Em contrapartida, a colaboração com os procedimentos do Tribunal e o fato de o acusado ter seis filhos foram considerados circunstâncias atenuantes da pena. Assim, ainda de acordo com Bruno Cotte, a sentença buscou conciliar “a necessidade legítima de justiça” com o objetivo de deter “potenciais perpetradores de crimes semelhantes”³².

Outros cinco casos são relativos à situação em Darfur, região oeste do Sudão: *Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun (“Ahmad Harun”) and Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman (“Ali Kushayb”)*; *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*; *Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda*; *Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain*; e *Prosecutor v. Abdel*

²⁹ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Lubanga case: Trial Chamber I issues first ICC decision on reparations for victims. Disponível em: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/related%20cases/icc%200104%200106/press%20releases/Pages/pr831.aspx. Acesso em: 26 jun 2014.

³⁰ Germain Katanga foi condenado pela prática de um crime contra a humanidade (homicídio) e quatro crimes de guerra (homicídio, ataque à população civil, destruição da propriedade e pilhagem). Absolvido da prática de um dos crimes contra a humanidade (exploração sexual) e três crimes de guerra (uso de crianças soldado, exploração sexual e estupro). TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Disponível em: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Pages/pr1021.aspx. Acesso em: 26 jun 2014. Até 26 de junho de 2014, a decisão ainda não havia sido publicada na íntegra.

³¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. Disponível em: <http://www.onu.org.br/tpi-condena-ex-lider-de-milicia-congoles-a-12-anos-de-prisao-por-crimes-de-guerra/>. Acesso em: 26 jun 2014.

³² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. Disponível em: <http://www.onu.org.br/tpi-condena-ex-lider-de-milicia-congoles-a-12-anos-de-prisao-por-crimes-de-guerra/>. Acesso em: 26 de jun 2014.

Raheem Muhammad Hussein. O Juízo de Instrução emitiu mandados de prisão para Harun, Kushayb, Al Bashir e Hussein. Os suspeitos continuam foragidos.

Em relação a Abu Garda, não houve ordem de prisão e ele, devidamente convocado, compareceu voluntariamente diante da Câmara do TPI, em 18 de maio de 2009. Após audiência de confirmação das acusações, em fevereiro de 2010, o Juízo de Instrução recusou as acusações que lhe foram feitas. Duas outras convocações para comparecer em Juízo foram emitidas para os investigados Band e Gerbil, que também compareceram voluntariamente, em 17 de junho de 2010. Em 7 de março de 2011, o Juízo de Instrução decidiu, de forma unânime, confirmar as acusações de crimes de guerra contra os dois. Em 4 de outubro de 2013, foi extinto o processo em relação a Gerbil, após informado seu óbito. Em 16 de abril de 2014, o Juízo de Instrução IV adiou o julgamento do caso *Procurador v. Abdallah Banda Abakaer Nourain*, inicialmente previsto para 5 de maio de 2014, diante das dificuldades logísticas encontradas³³.

O décimo segundo caso, que acabou se desdobrando em mais quatro investigações, visa a apurar a suposta prática de crimes na República Centro-Africana: *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*. Em 2004, a representação foi encaminhada ao Tribunal pelo próprio Governo da República Centro-Africana. Em 2007, a investigação foi aberta pelo Procurador. Em 22 de novembro de 2010, iniciou-se a ação, com o objetivo de apurar a conduta de Jean-Pierre Bemba Gombo, por duas acusações de crimes contra a humanidade e três de crimes de guerra. Encerrada a fase probatória, em 20 de novembro de 2013, foi expedido mandado de prisão de Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidele Babala Wandu e Narcisse Arido, acusados da prática de crimes contra a administração da justiça conexos ao caso *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*. Em 25 de novembro de 2013, Fidele Babala Wandu e Aimé Kilolo Musamba foram transferidos para o centro de detenção do TPI. Em 27 de novembro de 2013, Aimé Kilolo Musamba, Fidele Babala Wandu e Jean-Pierre Bemba Gombo compareceram pela primeira vez no TPI. Em 4 de dezembro de 2013, Jean-Jacques Mangenda Kabongo foi transferido para o centro de detenção do TPI e, em 18 de março de 2014, Narcisse Arido. Aguarda-se, agora, a decisão sobre a confirmação das acusações³⁴.

³³ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Situation in Darfur, Sudão. Disponível em: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/Pages/situations%20and%20cases.aspx. Acesso em: 23 jun 2014.

³⁴ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Situation in the Central African Republic. Disponível em: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/Pages/situations%20and%20cases.aspx. Acesso em: 23 jun 2014.

Dois outros casos tratam da situação da República do Quênia, Estado Parte do Estatuto de Roma desde 2005: *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang* e *Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta*. O pedido de abertura das investigações, de ofício, pelo Ministério Público, no caso *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, foi deferido em 31 de março de 2010. Devidamente convocados, seis cidadãos quenianos compareceram voluntariamente na Câmara de Prejulgamento II, em 7 e 8 de abril de 2011. As acusações contra Henry Kiprono Kosgey e Mohammed Hussein Ali foram rejeitadas em decisão de 23 de janeiro de 2012. Já as acusações contra William Samoei Ruto, Joshua Arap Sang, Francis Kirimi Muthaura e Uhuru Muigai Kenyatta foram confirmadas. Em 18 de março de 2013, foram retiradas as acusações contra Francisco Kirimi Muthaura. O julgamento de William Samoei Ruto e Joshua Arap começou em 10 de setembro de 2013. Quanto ao caso *Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta*, o seu julgamento está previsto para começar no dia 7 de outubro de 2014. Em 2 de outubro de 2013, foi expedido mandado de prisão contra Walter Osapiri Barasa, por vários delitos contra a administração da justiça³⁵.

O décimo nono caso refere-se à situação na Líbia. Em 26 de fevereiro de 2011, o Conselho de Segurança das Nações Unidas decidiu, por unanimidade, remeter a situação na Líbia ao Procurador do TPI, que, em 3 de março de 2011, anunciou sua decisão de abrir a investigação. Em 27 de junho de 2011, o Juízo de Instrução I emitiu mandados de prisão de Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi e Abdullah Al-Senussi, por crimes contra a humanidade (homicídio e perseguição) supostamente cometidos em toda a Líbia. Em 22 de novembro de 2011, foi encerrado o processo em relação a Muammar Gaddafi, em decorrência de sua morte. Em 31 de maio de 2013, o Juízo de Instrução I rejeitou a arguição da Líbia de inadmissibilidade do processo contra Saif Al-Islam Gaddafi e recordou à Líbia a sua obrigação de entregar o suspeito ao Tribunal. Dessa decisão houve recurso, desprovido, todavia, pela Câmara de Apelação, que, em 21 de maio de 2014, confirmou a admissibilidade das acusações contra Saif Al-Islam Gaddafi, que ainda está sob custódia do TPI³⁶. Em 11 de outubro de 2013, o Juízo de Instrução decidiu pela inadmissibilidade do caso contra Abdullah Al-Senussi, por já estar o acusado sujeito a processos internos movidos pelas autoridades líbias competentes e por demonstrar estar a Líbia genuinamente disposta e capaz

³⁵ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Situation in the Republic of Kenya. Disponível em: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/Pages/situations%20and%20cases.aspx. Acesso em 23 de jun de 2014.

³⁶ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Disponível em: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Pages/pr1005.aspx. Acesso em: 26 jun 2014.

para realizar a investigação. Em face dessa decisão foi interposto recurso, que também aguarda julgamento³⁷.

O vigésimo caso, *Prosecutor v. Laurent Gbagbo*, tem o escopo de apurar a prática de crimes na Costa do Marfim, que, em 15 de fevereiro de 2013, ratificou o Estatuto de Roma. Em 3 de outubro de 2011, o Juízo de Instrução III homologou a decisão do Ministério Público de abrir, de ofício, o inquérito. Em 23 de novembro de 2011, foi emitido mandado de prisão, sob sigilo, de acusados de crimes contra a humanidade. O mandado de prisão de Laurent Gbagbo foi cumprido em 30 de novembro de 2011, quando o suspeito foi transferido pelas autoridades da Costa do Marfim para o centro de detenção do TPI. Em 12 de junho de 2014, foram confirmadas, por maioria, quatro acusações de crimes contra a humanidade contra Laurent Gbagbo³⁸. Em 22 de novembro de 2012, emitiu-se mandado de detenção contra Simone Gbagbo, que não está sob a custódia do Tribunal. Em 30 de setembro de 2013, mandado de detenção contra Charles Blé Goudé, que, em 22 de março de 2014, foi entregue pelas autoridades nacionais da Costa do Marfim e transferido para o TPI³⁹.

O último caso trata da situação no Mali, encaminhada ao Tribunal pelo Governo do Mali, em 13 de julho de 2012. O Gabinete do Procurador abriu a investigação, em 16 de janeiro de 2013, todavia, após exame preliminar do caso, entendeu que não havia base razoável para prosseguir com a investigação. A situação ainda está sob análise do Juízo de Instrução II⁴⁰.

Recentemente, em 23 de junho de 2014, o Procurador arquivou as investigações preliminares relativas à situação na República da Coreia do Sul. Os fatos referem-se a dois incidentes no Mar Amarelo, que poderiam constituir crimes de guerra: o naufrágio de um navio de guerra sul-coreano, o Cheonan, em 26 de março de 2010, e o bombardeio da ilha de Yeonpyeong, na Coreia do Sul, em 23 de novembro de 2010. A respeito do naufrágio do Cheonan, a conclusão alcançada foi de que o alegado ataque foi dirigido a um alvo militar legítimo, de forma que não se enquadra na definição do crime de guerra de perfídia, conforme

³⁷ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Situation in Libya. Disponível em: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/Pages/situations%20and%20cases.aspx. Acesso em: 23 jun 2014.

³⁸ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Situation in Côte d'Ivoire. Disponível em: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/Pages/situations%20and%20cases.aspx. Acesso em: 23 jun 2014.

³⁹ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Situation in Côte d'Ivoire. Disponível em: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/Pages/situations%20and%20cases.aspx. Acesso em: 23 jun 2014.

⁴⁰ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Situation in Mali. Disponível em: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/Pages/situations%20and%20cases.aspx. Acesso em: 23 jun 2014.

definido no Estatuto de Roma. Em relação ao bombardeio de Yeonpyeong Island, conclui-se que, embora tenha resultado, infelizmente, na mortes de civis, as informações disponíveis sobre o incidente não fornecem uma base razoável para acreditar que o ataque tenha sido intencionalmente dirigido contra alvos civis ou que o impacto civil fosse previsível, por ser claramente excessivo em relação à vantagem militar esperada⁴¹.

O quadro atual de atuação do TPI até o dia 26 de junho de 2014, data de finalização da pesquisa, é de que, além destes vinte e um casos aqui narrados, o Gabinete do Procurador conduz outras dez investigações referentes às situações no Afeganistão, República da África Central, Colômbia, Comores, Honduras, Iraque, Geórgia, Guiné, Nigéria e Ucrânia.

Convém destacar que, com exceção dos casos da Líbia e do Sudão, remetidos ao Gabinete do Procurador pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, da Quênia e da Costa do Marfim, únicos casos em que as investigações foram iniciativa própria do Procurador, todos os outros decorreram de solicitações dos governos dos respectivos Estados, o que demonstra a esperança dos Países depositada no Tribunal Penal Internacional⁴². Além disso, a decisão que condenou o acusado Thomas Lubanga e a assistência que vem sendo prestada às vítimas dos perpetradores investigados pelo Tribunal, por meio do Fundo Fiduciário para as Vítimas, são relevantes marcos na justiça penal internacional, à medida que consolidam e fortalecem a ideia de uma justiça penal internacional restaurativa. São, então, dados que revelam uma atuação promissora do TPI.

Em contrapartida, outro dado relevante é que cerca de 11 (onze) indiciados são oficialmente fugitivos e ocupam altos cargos nos seus países de origem. Um dos problemas enfrentados pelo Tribunal Penal Internacional é exatamente a falta de apoio dos Estados partes. O TPI não dispõe de uma força militar ou uma polícia judiciária própria para cumprir as ordens de detenção e entrega dos investigados. Como não tem meios para efetuar as prisões, acaba ficando nas mãos dos Estados. Daí a expressiva quantidade de fugitivos, o que não decorre, todavia, de uma falha exclusiva do Tribunal, e sim de todos os Estados partes. A causa é exatamente a falha na cooperação internacional.

⁴¹ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on the conclusion of the preliminary examination of the situation in the Republic of Korea. Disponível em: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Pages/pr1019.aspx. Acesso em: 26 jun 2014.

⁴² Esses dados podem ainda ser utilizados como argumento para afastar as críticas de imparcialidade, seletividade e neocolonialismo do Tribunal Penal Internacional. A respeito de tais críticas, c.f.: KOWALSKI, Mateus. O Tribunal Penal Internacional. Reflexões para um teste de resistência aos seus fundamentos. In: **JANUS.NET e-journal of International Relations**, v. 2, n. 2, p. 119-134, p. 125-127, 2011. Disponível em: file:///C:/Users/Betha/Downloads/Dialnet-TheInternationalCriminalCourtReflectionsForAStress-4046454_3.pdf. Acesso em: 24 jun 2014.

O Estatuto de Roma fala expressamente do dever de cooperar, no Capítulo XIX, especialmente nos artigos 86 a 99, e os Estados, na medida em que o assinaram, ficaram cientes e aceitaram esta obrigação, mas, por vezes, não a cumprem porque se amparam na ausência de consequências reais para o caso de descumprimento. Assim, as decisões do TPI estão submetidas ao voluntarismo político dos Estados, inclusive do Brasil, que é um dos signatários. Nisto reside importante justificativa para a pesquisa realizada durante a elaboração desta dissertação. Com efeito, discutir a constitucionalidade do Estatuto de Roma tem como escopo precípua afastar os possíveis óbices ao seu cumprimento e, acima disso, à cooperação do Brasil com a Corte, conforme se verá no item 1.2. deste trabalho.

De mais a mais, o estudo dos casos sob análise do TPI, cujo resultado é apresentado neste item (1.1.3), revela que, durante estes aproximados doze anos, muito já foi realizado pela Corte e bem mais ainda se espera da sua atuação, ou seja, ainda há muito a fazer. Por outro lado, o estudo também demonstra que, para que esta atuação aconteça de maneira efetiva, é imprescindível a cooperação dos Estados partes, dentre os quais está o Brasil.

1.2. Os reflexos da inconstitucionalidade do Estatuto de Roma: um tema atual e necessário

Verificar a constitucionalidade do Estatuto de Roma não consiste em mera comparação parâmetro (Constituição Federal de 1988) e norma (Estatuto de Roma). A Constituição é viva e o Tribunal Penal Internacional também. O objetivo desta dissertação não é, portanto, somente analisar a compatibilidade entre os parâmetros e, ao final, dizer se o Estatuto de Roma é ou não constitucional. A abertura do Legislativo, Executivo e Judiciário brasileiros ao Direito Internacional reflete um dizer interno daquilo que é a Constituição como preenchida e vivida na prática dos legisladores, administradores e juristas. Nesse sentido, pode-se afirmar, com segurança, que o problema aqui posto, embora possa parecer superado, não o é. As questões enfrentadas durante a pesquisa ainda estão pendentes de solução, exatamente porque exigem uma mutação e maturação do tema interna e internacionalmente.

O legislador brasileiro ainda não encontrou a via político-jurídica mais adequada para a implementação do Estatuto de Roma. Os projetos de leis que tratam do assunto e que serão apresentados nos capítulos seguintes, propostos desde 2007, ainda pendem de apreciação pelo Congresso Nacional. No Executivo, ainda não estão claramente definidas as regras de cooperação com o Tribunal Penal Internacional. Tampouco o Judiciário julgou a

Petição n. 4.625, que é o único e primeiro pedido de cooperação do TPI sob a jurisdição do Supremo Tribunal Federal. Os debates em todas as esferas de poderes brasileiros continuam, o que ocorre também no âmbito internacional.

A definição do crime de agressão, por exemplo, um dos crimes da competência do Tribunal Penal Internacional, até hoje não foi alcançada. Na Convenção de Kampala, realizada em 2010, tentou-se chegar a um acordo sobre os conceitos e os elementos deste tipo penal; o que se concluiu, todavia, foi apenas que a definição do crime viria do artigo 8, §§ 1º e 2º, do acordo de emenda do Estatuto, que, por sua vez, não entrará em vigor até a data prevista para sua aprovação oficial, em janeiro de 2017. Ou seja, a definição do crime de agressão, cujo reflexo nas discussões sobre a observância ou não do Estatuto de Roma ao princípio da legalidade é inegável, pende de solução definitiva até 2017⁴³.

Outros temas têm sido enfrentados pela doutrina e jurisprudência, interna e internacionalmente, desde a assinatura do Estatuto de Roma até a atualidade, a exemplo da desconsideração das imunidades dos investigados, a admissibilidade da pena de caráter perpétuo, o respeito ao princípio da legalidade, a imprescritibilidade dos crimes previstos no Estatuto de Roma e a validade das anistias internas. Alguns suscitam apenas tímidas discussões, como a incompetência do Supremo Tribunal Federal para analisar pedidos de cooperação com o TPI e a exceção à coisa julgada. Há, ainda, aqueles que sequer chegaram a ser discutidos de forma direta, como possíveis inconstitucionalidades do Estatuto de Roma, a exemplo do modelo de atuação do Ministério Público do Tribunal Penal Internacional. É indubitável, contudo, que os desafios persistem e necessitam ser enfrentados, seja no âmbito acadêmico seja na esfera de atuação prática do governo brasileiro em relação à Corte. O debate está inacabado...

Sem a pretensão de ser otimista ou utópica, acredita-se que estes desafios ainda pendem de enfrentamento não apenas por razões de mera morosidade legislativa, executiva ou judicial ou de omissão do direito internacional ou interno, de maneira geral. Na verdade, internamente, o processo legislativo, a administração pública e a prestação jurisdicional têm inquestionável e nítida natureza política, com diversas nuances e variáveis que se intensificam diante de certos temas a serem analisados e disciplinados. É o caso da regulação e aplicação do Direito Internacional Penal, que evolve a interposição dos agentes estatais internos, mas precipuamente os anseios da sociedade e as opções políticas adotadas. Questões estas, longe

⁴³ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Review Conference of the Rome Statute of the International Criminal Court. Kampala, 31 may. – 11 jun. 2010, p. 1-9. Disponível em: http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP9/OR/RC-11-ENG.pdf. Acesso em: 20 mai 2014.

de estarem solucionadas. De igual modo, internacionalmente, a consolidação de um Tribunal que, sem dúvida, reflete um hibridismo de modelos penais e uma mudança de paradigma do Direito Internacional⁴⁴ é algo que necessita de tempo e, mais que isso, do amadurecimento de ideias. Como afirma Paula Escarameia, ainda não vivemos um tempo de estabilidade, o tempo que vivemos é um tempo de passagem, “um tempo em que os fundamentos tremeram, em que alguns ruíram de vez e em que há a possibilidade única de construir novos alicerces”⁴⁵.

1.2.1. O desejo de constitucionalidade do Estatuto de Roma

Apesar da pendência de soluções para os desafios da implementação do Estatuto de Roma pelo Brasil, o que já se sabe, e isso não deixou de existir com o passar dos anos, pelo contrário, intensificou-se, é que existe um desejo do Brasil de constitucionalidade do tratado de criação do TPI. Retrato disso é a inclusão expressa da Corte Penal no texto da Constituição: artigo 5º, § 4º. Existe um valor jurídico e político que precisa ser ressaltado e por vezes lembrado no fato de o Poder Constituinte Derivado propor uma emenda, que é posteriormente aprovada como Emenda Constitucional n. 45, com o escopo de alterar a Constituição e nela fazer incluir a assertiva de que o País se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. É indubitável que essa reforma revela o desejo de se constitucionalizar a Corte Internacional. Ora, não importaria o Constituinte a submissão a um tribunal cujas regras acreditasse ou pretendesse reconhecer violadoras da própria Carta Política.

O Tribunal Penal Internacional é composto por dezoito juízes eleitos em Assembleia constituída pelos Estados partes. Estes julgadores prestam serviços exclusivamente ao tribunal. Qualquer Estado pode indicar um candidato, entretanto, pode haver apenas um juiz de certa nacionalidade ao mesmo tempo⁴⁶. Ao longo dos doze anos de funcionamento do Tribunal Penal Internacional, o Brasil também revelou o seu desejo de constitucionalidade ao indicar juristas brasileiros para compor o quadro de julgadores da Corte. Nesse período, contou com a atuação direta de uma juíza brasileira na Haia, Sylvia H. de Figueiredo Steiner, eleita em 2003 para mandato de nove anos, que terminou em 2012.

⁴⁴ Nesse sentido Paula Escarameia afirma que: “Poucas instituições jurídico internacionais refletiram melhor o hibridismo de modelos e a mudança de paradigma que o TPI”. ESCARAMEIA, Paula. **O Direito Internacional Público nos princípios do século XXI**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 224. A autora vê, por isso, o TPI como prelúdio de uma nova ordem mundial.

⁴⁵ ESCARAMEIA, Paula. **O Direito Internacional Público nos princípios do século XXI**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 224.

⁴⁶ SCHABAS. William A.. **An introduction to the International Criminal Court**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 177.

Recentemente, em 17 de junho de 2014, o País, reforçando esse desejo, indicou mais um brasileiro, o jurista Leonardo Nemer Caldeira Brant, para concorrer ao cargo de juiz do Tribunal⁴⁷. Como se vê, o Brasil não figura nem pretende figurar como apenas mais um membro do Tribunal Penal Internacional; o seu desejo parece ter sido, desde a assinatura do Estatuto de Roma até a atualidade, de atuar e cooperar de forma concreta e efetiva com a Corte. É crucial, então, analisar a compatibilidade e coerência entre esse desejo e os argumentos que podem ser levantados no âmbito interno ao longo dos debates, ainda constantes, que envolvem o implemento do Estatuto de Roma pelo País.

Mesmo sem saber, ainda, ao certo, o que fazer ou o caminho ideal a ser percorrido, existe uma busca por cooperação com a Corte. Há fortes indícios, apesar da também existente posição em sentido contrário, de que o Brasil acredita no direito e, conseqüentemente, na constitucionalização do Estatuto de Roma como uma via de paz e segurança mundial.

1.2.2. A cooperação com o Tribunal Penal Internacional

O Tribunal Penal Internacional, em princípio, não possui uma força militar ou uma polícia judiciária, conseqüentemente, a responsabilidade pelo cumprimento dos mandados de prisão, além de outros pedidos de cooperação, é dos Estados partes. Como afirma Antonio Cassese, os tribunais penais internacionais

não têm o poder de mandar, pois não dispõem de polícia judiciária. Para recolher elementos de prova, para convocar as testemunhas, para efetuar buscas e apreensões, para notificar e fazer cumprir mandados de comparecimento ou de prisão, e até mesmo para a execução das penas, eles devem se dirigir às autoridades nacionais. Esses tribunais são, portanto, desprovidos de poder de coerção; esse poder permanece nas mãos dos Estados soberanos⁴⁸.

Diante disso, o melhor seria afirmar que o Tribunal Penal Internacional dispõe, sim, do exército e da polícia dos seus cento e vinte e dois Estados partes, que não deveriam medir esforços para cooperar com a sua atuação. Embora se pretenda otimista, esta é longe de ser a realidade. Para que o Tribunal seja efetivo é imprescindível, portanto, que os Estados-membros, dentre os quais o Brasil, estejam dispostos a cumprir o Estatuto de sua criação e as ordens dele emanadas.

⁴⁷ As eleições serão realizadas durante a trigésima terceira seção da Assembleia dos Estados partes, marcada para o período de 8 a 17 de dezembro de 2014, em Nova Iorque. Disponível em: <http://www.cedin.com.br/leonardo-nemer-fundador-do-edin-e-indicado-para-o-tribunal-penal-internacional/>. Acesso em: 26 jun 2014.

⁴⁸ CASESSE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mirelle (orgs.). **Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais**. Tradução de Silvio Antunha. Brasil: Manoele, 2004, p. 8.

É nítida a submissão ao voluntarismo político para que as decisões de direito internacional e de direito internacional penal tenham eficácia. Alguns Estados⁴⁹ recusam-se a respeitar as regras do Estatuto de Roma, ratificado por eles, e, assim, acabam contribuindo para a impunidade dos perpetradores, o esvaziamento da função da pena e a inviabilização da proteção das vítimas das violações. Assim, reforça-se a fragilidade do direito internacional penal e do sistema de proteção de direitos humanos como um todo. O processo de reconstrução de países que sofreram com conflitos internos e internacionais e a proteção das vítimas diretas dos crimes, ao final, ficam à mercê, única e exclusivamente, de decisões políticas dos Estados e da sua vontade ou não de honrar as obrigações internacionalmente assumidas.

Mesmo depois de passados tantos anos da assinatura do Estatuto, as discussões sobre a cooperação dos Estados com o TPI se revelam tão importantes, contínuas e atuais, que a Organização das Nações Unidas, em 22 de agosto de 2013, editou a Resolução 67/295, que reitera o dever geral de cooperação. Na verdade, em todos os anos que sucederam à assinatura do Estatuto, a ONU preocupou-se em estimular o debate sobre o TPI e em reforçar a relevância da cooperação e das ações internas de cada Estado parte. Destacam-se, por serem mais recentes, a Resolução 65/12, de 23 de novembro de 2010, a Resolução 66/262, de 29 de maio de 2012, e a citada Resolução 67/295, de 22 de agosto de 2013⁵⁰.

⁴⁹ Esse voluntarismo é também reforçado por importantes organizações internacionais, como a União Africana, que, diante da expedição do mandado de prisão do Presidente do Sudão, Omar Al Bashir, solicitou que seus Estados membros não cooperassem com o TPI.

⁵⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral das Nações Unidas. Resolução 65/12. Adotada em 23 de novembro de 2010. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral das Nações Unidas. Resolução 66/262. Adotada em 29 de maio de 2012. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral das Nações Unidas. Resolução 67/295. Adotada em 22 de agosto de 2013. É importante esclarecer que as resoluções apresentadas são facultativas, ou seja, não são dotadas de força vinculante capaz de obrigar os sujeitos de Direito Internacional. Não obstante, é inegável a força moral e política das recomendações e propostas políticas delas constantes e sua utilização como parâmetro interpretativo e como diretriz para a elaboração de futuras normas jurídicas. Ademais, algumas resoluções que tratam da cooperação internacional com o TPI poderão ser consideradas decisões em si, na medida em que apontarem uma determinação com caráter decisório e, nesses casos, terão efeito vinculante. Öberg afirma expressamente que *“resolutions of the GA have no binding effect in the operational realm of international peace and security”*. ÖBERG, Marko Divac. The Legal Effects of Resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the Jurisprudence of the ICJ. In: **The European Journal of International Law (EJIL)**, v. 16, n. 5, p. 879–906, p. 884, 2006. Em contrapartida, esclarece que *“determinations made in decisions appear to be binding. In the Namibia case, the Court found that ‘[a] binding determination made by a competent organ of the United Nations to the effect that a situation is illegal cannot remain without consequence... there is an obligation, especially upon Members of the United Nations, to bring that situation to an end’”*. Estabelece, destarte, a seguinte distinção: *“it seems that the binding or non-binding nature of a resolution (decision or recommendation) also covers determinations made therein; a determination made in a recommendation is not binding, whereas a determination made in a decision is”*. ÖBERG, Marko Divac. The Legal Effects of Resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the Jurisprudence of the ICJ. In: **The European Journal of International Law (EJIL)**, v. 16, n. 5, p. 879–906, p. 891, 2006.

A Resolução 67/295 recorda que, no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, reafirmam-se os propósitos e princípios da Carta das Nações Unidas. Reitera a importância histórica que tem a sua aprovação, por constituir um símbolo de que a justiça, especialmente a justiça de transição nas sociedades em situação de conflito ou pós conflito, é um elemento essencial da paz duradoura. Afirma estarem as Nações Unidas convencidas de que o fim da impunidade é crucial para que uma sociedade em conflitos armados ou pós conflito suporte os efeitos do crime e, ao mesmo tempo, previna a sua repetição⁵¹. Reconhece que o TPI tem realizado avanços consideráveis na análise, investigação e tramitação judicial de diversos casos e situações remetidos pelos Estados partes e pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas ou iniciados diretamente pelo Procurador Geral. Destaca, todavia, que

*para que la Corte Penal Internacional realice sus actividades sigue siendo esencial que los Estados, las Naciones Unidas y las demás organizaciones internacionales y regionales cooperen con ella y le presten asistencia de manera efectiva y amplia en todos los aspectos de su mandato*⁵².

Também como forma de cooperação, a Resolução 67/295, tendo em conta que o Tribunal Penal Internacional é complementar às jurisdições penais internas, salienta, no item 5, que os Estados devem adotar as medidas necessárias para adequar a legislação doméstica no que se refere aos crimes que, em virtude do direito internacional, são obrigados a investigar e processar. No item 9, exorta os Estados partes que ainda não o fizeram a promulgar leis para cumprir as suas obrigações e cooperar com o Tribunal Penal Internacional, no exercício das suas funções, além de recordar que os Estados partes devem prestar assistência técnica a este respeito. O Brasil precisa, portanto, continuar os debates e acelerar a aprovação dos projetos de leis em andamento no Congresso Nacional que dispõem sobre o crime de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes contra a administração da justiça do TPI, instituem normas processuais e tratam da cooperação com o Tribunal Penal Internacional⁵³. Ainda com vistas à cooperação, o Brasil pode e deve, em um comportamento proativo em relação à Corte, prestar assistência técnica a outros países que ainda não elaboraram suas respectivas leis de implementação do Estatuto de Roma.

⁵¹ Além do que consta das considerações iniciais, a Resolução, no item 8, “*reconoce el papel de la Corte Penal Internacional en un sistema multilateral orientado a poner fin a la impunidad, establecer el estado de derecho, promover y alentar el respeto de los derechos humanos, alcanzar una paz sostenible e impulsar el desarrollo de las naciones, de conformidad con el derecho internacional y los propósitos y principios de la Carta*”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução 67/295. Assembleia Geral das Nações Unidas. Adotada em 22 de agosto de 2013.

⁵² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução 67/295. Assembleia Geral das Nações Unidas. Adotada em 22 de agosto de 2013.

⁵³ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 4.038/2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/PL/2008/msg700-080917.htm. Acesso em: 26 jun 2014.

No item 6, a Resolução 67/295 encoraja as Nações Unidas, outras organizações internacionais e regionais, os Estados e a sociedade civil a continuar os seus esforços para fornecer assistência adequada aos Estados requerentes, a fim de reforçar a sua capacidade interna para investigar e processar. No item 7, enfatiza a importância da cooperação internacional e assistência judicial para realizar investigações e processos de forma eficaz. No item 13, ressalta a relevância da cooperação com os Estados que não são parte no Estatuto de Roma. No 21, encoraja os Estados a contribuir para o Fundo Fiduciário estabelecido em favor das vítimas dos crimes da competência do Tribunal Penal Internacional e seus familiares, além de reconhecer, com satisfação, as contribuições realizadas até o momento.

No item 10, a Resolução 67/295 congratula-se com a cooperação e a assistência já prestadas pelos Estados partes e os não partes, com a assistência das Nações Unidas e outras organizações internacionais e regionais e exorta os Estados que têm a obrigação de cooperar a prestar esta cooperação e assistência no futuro, especialmente no que diz respeito à detenção e entrega, à apresentação de provas, à proteção e transferência de vítimas e testemunhas e à execução das sentenças. Em atenção a este item da Resolução, espera-se do Brasil, que é um Estado parte e tem a expressa obrigação de cooperar, uma resposta positiva ao pedido de entrega e detenção do Presidente do Sudão, hoje pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, o que será exposto no item a seguir.

A ONU, ao editar a Resolução 67/295 e as que a antecedem, não as direciona especificamente a um ou outro Estado parte. Pelo contrário, o seu escopo, ao fazê-lo, é de que a cooperação com TPI tenha o maior alcance possível, inclusive quanto aos Estados não partes. Ora, se isso é solicitado aos Estados que não ratificaram o Estatuto, com maior razão o é em relação aos que assim o fizeram, como é o caso do Brasil. Destarte, o País, ciente dos compromissos assumidos internacionalmente e do seu papel, que pode e espera-se ser de um maior protagonismo em relação à Corte Penal, não deve evitar esforços para cumprir os comandos e as orientações das Nações Unidas, ainda que os reflexos disso não o atinjam de maneira direta ou imediata.

1.2.3. O caso Hassan Ahmad Omar Al Bashir (Petição n. 4.625)

O Brasil, como signatário do Estatuto de Roma, tem o dever de cooperar e, conseqüentemente, de afastar ou ao menos enfrentar todos os possíveis óbices a esta cooperação. Não faz sentido o País ratificar um tratado e, depois, pautado em escolhas nem sempre legítimas, simplesmente deixar de cumpri-lo. No Supremo Tribunal Federal, pende de

juízo a Petição n. 4.625, que, sem dúvida, consiste em uma oportunidade concreta de se aprimorar o debate sobre as questões aqui colocadas e para que o Brasil, ou ao menos o Poder Judiciário, demonstre suas reais intenções em relação ao Tribunal Penal Internacional.

Com fulcro no artigo 89, § 1º, do Estatuto de Roma e em cumprimento à decisão proferida pelo Juízo Preliminar I, em 4 de março de 2008, no âmbito do Caso *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* (ICC-02/05-01/09-3), o TPI formulou pedido de cooperação internacional e auxílio judiciário com vistas a obter a detenção, para posterior entrega àquela Corte, de Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Presidente da República do Sudão. Segundo o pedido, acusa-se o investigado de ser penalmente responsável, enquanto autor indireto ou coautor indireto, pela prática de crimes contra a humanidade e de guerra, previstos nos artigos 7º e 8º do Estatuto de Roma, cometidos na região de Darfur, no oeste do Sudão, entre março de 2003 até, pelo menos, 14 de julho de 2008. Para o Juízo Preliminar I, a detenção de Omar Al Bashir é necessária para garantir seu comparecimento ao Tribunal, bem como para evitar que obstrua ou ponha em perigo o inquérito em curso e continue cometendo os crimes dos quais está sendo acusado.

O ministro Celso de Mello, relator da Petição n. 4.625, entendeu conveniente a prévia manifestação do Ministério Público Federal e destacou a relevância de se discutir as incompatibilidades do Estatuto de Roma com o ordenamento jurídico brasileiro. Dentre as questões suscitadas, mencionou eventual inconstitucionalidade das regras que dizem respeito à: (i) possibilidade de entrega da pessoa reclamada, ao Tribunal Penal Internacional, pelo Governo do Brasil, considerado o que dispõe o artigo 5º, inciso XLVII, “b”, da Constituição; (ii) admissibilidade, pelo Estatuto de Roma, da imposição da pena de prisão perpétua; (iii) imprescritibilidade de todos os crimes previstos no Estatuto de Roma; (iv) impossibilidade de invocação, por Chefe de Estado, de sua imunidade de jurisdição em face do Tribunal Penal Internacional; (v) descrição dos denominados *core crimes* e das penalidades respectivas, em contraponto com o princípio da legalidade; (vi) imprescritibilidade dos crimes sujeitos à competência material do TPI. Essas questões, além de outras, são objeto de estudo nesta dissertação.

A Procuradoria-Geral da República, em 9 de agosto de 2013, emitiu parecer pela procedência do pedido, reconhecendo a constitucionalidade e plena recepção do Estatuto de Roma, “tendo em vista o disposto nos artigos 1º, III; 4º, II e IX; 5º § § 2º, 3º e 4º da Constituição Federal e no artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”⁵⁴. O

⁵⁴ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. Parecer n. 5.690 –PGR. Roberto Gurgel.

pedido de cooperação ainda não foi julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal e está concluso ao ministro relator para julgamento, desde 19 de agosto de 2013⁵⁵.

O que se percebe, todavia, é que, diante da pendência de apreciação pela Corte Constitucional brasileira do primeiro pedido de entrega do TPI e da ausência de uma resposta concreta do País à Corte, mesmo passados aproximadamente quatro anos da recepção do pedido pelo Brasil, torna-se ainda mais relevante e premente a discussão da compatibilidade do Estatuto de Roma com o ordenamento jurídico brasileiro. Na verdade, acredita-se que a demora na apreciação do pedido, de certo modo, favorece a tomada de uma decisão mais sóbria sobre a questão, uma vez que, ao longo destes anos, observou-se uma evolução nos debates que envolvem temas sensíveis ao reconhecimento ou não da constitucionalidade do Estatuto de Roma, não apenas no âmbito interno como na esfera internacional.

Assim, se é certo que o pedido de cooperação internacional e auxílio judiciário tem natureza quase hipotética, haja vista que o Presidente sudanês não se encontra em território nacional e não há expectativa de que venha a realizar visita oficial ao Brasil futuramente, não menos certa é a importância do tema em debate, especialmente diante das circunstâncias de: o TPI ser dependente, para sua efetiva atuação, da cooperação dos Estados partes, dentre os quais está o Brasil; a constitucionalidade do Estatuto ser matéria controvertida em outros Estados partes que também têm o dever de cooperar com o Tribunal; peculiaridade e ineditismo do pedido, por ser o primeiro mandado de detenção contra um Chefe de Estado durante o exercício de suas funções emitido pelo TPI.

De mais a mais, não se pode ignorar a afirmação daqueles que entendem que, quando uma investigação do Tribunal Penal Internacional é fruto de representação apresentada pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, em atuação sob os auspícios do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, o pedido de cooperação é obrigatório, em atenção ao comando do artigo 49 da Carta. Isso implica reconhecer que sua obrigatoriedade alcança não apenas os Estados partes, mas também os membros da ONU, e que é possível, inclusive, a aplicação de medidas sancionatórias ao Estado descumpridor⁵⁶. Como o caso do Sudão, que

⁵⁵ Folha de andamento processual disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2691069>. Acesso em: 30 abr 2014.

⁵⁶ Nesse sentido: Valerie Oosterveld, Mike Perry e John McManus. OOSTERVELD, Valerie; PERRY, Mike; McMANUS, John. The Cooperation of States With the International Criminal Court. In: **Fordham International Law Journal**, v. 25, n. 3, article 14, p. 765-839, p. 788-792, 2001. Disponível em: <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1834&context=ilj>. Acesso em: 25 jun 2014. O Conselho de Segurança, desde março de 2005, vem reiterando ao Sudão o descumprimento do pedido de cooperação com o Tribunal Penal Internacional, inclusive por meio da imposição de sanções ao governo sudanês. Em fevereiro de 2013, as sanções impostas foram prorrogadas até 17 de fevereiro de 2014. Disponível em: <http://www.onu.org.br/conselho-de-seguranca-da-onu-estende-mandato-sobre-sancoes-ao-sudao/>. Acesso em: 25 jun 2014. No debate semestral do Conselho de Segurança, ocorrido em 3 de junho de 2013, sobre o

deu origem, no Brasil, à Pet. 4.625, foi remetido ao Tribunal Penal Internacional pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, com base nesse entendimento, deve ser reconhecida a possibilidade de o Brasil sujeitar-se a eventuais sanções do Conselho de Segurança, caso decida o País, com base no reconhecimento da inconstitucionalidade do Estatuto de Roma, descumprir a decisão do Tribunal e julgar improcedente a referida Petição. Para além da cooperação, existe, portanto, um problema de cumprimento de uma obrigação internacional.

seguimento da sua Resolução 1593, de 2005, o Procurador do Tribunal Penal Internacional, Fatou Bensouda, mais uma vez lamentou que o governo sudanês não estivesse cooperando com o TPI, contrariando, assim, as disposições da Resolução 1593. Disponível em: <http://www.franceonu.org/france-at-the-united-nations/geographic-files/africa/sudan-and-south-sudan/article/sudan-and-south-sudan>. Acesso em: 25 jun 2014. Antes disso, em 15 de abril de 2013, o Conselho expediu também carta à República de Chad e ao Estado da Líbia para que informassem o Tribunal Penal Interacional sobre a suposta visita do investigado àqueles Estados, em fevereiro de 2013. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança. Letter dated 15 April 2013 from the Secretary-General to the President of the Security Council. S/2013/229. 15 de abril de 2013. Disponível em: http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/s_2013_229.pdf. Acesso em: 25 jun 2014. Em 9 de abril de 2014, o TPI informou o Conselho de Segurança e a Assembleia Geral das Nações Unidas do descumprimento da ordem de detenção e entrega de Omar Al-Baschir direcionada à República Democrática do Congo, durante a visita do acusado ao país, em fevereiro de 2014. Disponível em: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Pages/pr994.aspx. Acesso em: 26 jun 2014.

2. Os desafios para o cumprimento do Estatuto de Roma pelo Brasil

O Brasil participou ativamente da Conferência de Roma, ocorrida entre 15 de junho e 17 de julho de 1998, proferindo um dos cento e vinte votos favoráveis ao Estatuto de criação do Tribunal Penal Internacional. Em 7 de fevereiro de 2000, assinou o tratado e, em 20 de junho do mesmo ano, depositou o instrumento de sua ratificação. Depois disso, Fernando Henrique Cardoso, então Presidente da República, promulgou o Estatuto de Roma, por força do Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002. Em 2004, a Emenda Constitucional n. 45 inseriu o § 4º no artigo 5º da Constituição para prever a submissão do país “à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”⁵⁷.

Todavia, bem antes da criação do TPI e da EC 45/2004, a Constituição brasileira já elencava, em seu artigo 5º e em diversos outros dispositivos esparsos, garantias fundamentais consideradas cláusulas pétreas que o Brasil não poderia deixar de assegurar.

A ratificação do Estatuto pelo Brasil não impediu, portanto, que fossem suscitadas várias objeções quanto aos limites de sua aplicação no País, notadamente pelo fato de o Estatuto não permitir reservas⁵⁸ e de as garantias penais constitucionais serem consideradas cláusulas pétreas.

Diante disso, faz-se necessário analisar os eventuais conflitos entre alguns de seus dispositivos e a Constituição e verificar os possíveis desafios a serem enfrentados na sua implementação no Brasil. Com efeito, passados mais de treze anos da internalização do Estatuto de Roma, ainda não foram dirimidas as questões que serão abordadas no presente estudo.

⁵⁷ BRASIL. Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004.

⁵⁸ A reserva, nos termos do artigo 2 (1) (d) da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, “significa uma declaração unilateral, qualquer que seja a sua redação ou denominação, feita por um Estado ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em sua aplicação a esse Estado”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Adotada em 22 de maio de 1969. O artigo 120 do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Interacional veda as reservas, nos seguintes termos: “não são admitidas reservas a este Estatuto”. BRASIL. Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

2.1. Considerações prévias: o diálogo entre o direito interno e o direito internacional

A convergência axiológica entre o constitucionalismo estatal e a proteção internacional dos direitos humanos é indubitável. Ambos visam à contenção do arbítrio e à garantia de direitos. Aliás, boa parte das constituições e legislações infraconstitucionais contemporâneas foi influenciada pelo processo de internacionalização dos direitos humanos. Em muitos dos textos constitucionais do Segundo pós-guerra foram incorporados direitos humanos previstos em tratados e documentos internacionais e, posteriormente regulamentados pela legislação infraconstitucional. Inclusive em países em que isto não ocorreu, como nos Estados Unidos, a jurisdição constitucional é crescentemente influenciada pela jurisprudência internacional sobre direitos humanos⁵⁹. Ademais, algumas constituições, como a brasileira⁶⁰, a argentina (depois da reforma de 1994), a colombiana e a sul-africana, contemplam expressamente mecanismos de abertura do Direito Constitucional ao Direito Internacional dos Direitos Humanos⁶¹. Por isso, ao falar de um instituto como o Tribunal Penal Internacional é necessário fazê-lo em relação aos dois âmbitos, interno e internacional, que podem ser complementares e dialogar entre si.

Quando se fala em direitos humanos e direitos fundamentais ou no diálogo entre o direito internacional e o direito interno, a argumentação, muitas vezes, é apresentada por meio da teoria dualista. A proposição dualista fundamental, isto é, a separação formal entre as ordens jurídicas internacional e interna, por um lado, continua a ser uma poderosa caracterização do direito positivo. Por outro, tem um poder limitado para descrever, explicar e prever as múltiplas interações entre a ordem jurídica internacional e as esferas jurídicas domésticas que caracterizam nossa época⁶².

É crucial, portanto, questionar, como o fazem Nijman e Nollkaemper, se as interações entre o doméstico e o internacional não se tornaram tão multiformes a ponto de

⁵⁹ Daniel Sarmento cita os seguintes casos da Suprema Corte norte-americana que invocaram fartamente a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos: *Laurence v. Texas* (2003), em que foi declarada inconstitucional a lei que criminalizava a prática de sodomia entre homossexuais, e *Roper v. Simmons* (2005), em que foi reconhecida a inconstitucionalidade da aplicação de pena de morte a pessoas que, na data do fato criminoso, tivessem menos de 18 anos de idade. SARMENTO, Daniel. *Constitucionalismo: trajetória histórica e dilemas contemporâneos*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (coord.). **Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais – Em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 118.

⁶⁰ Artigo 5º, § 2º, 3º e 4º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁶¹ SARMENTO, Daniel. *Constitucionalismo: trajetória histórica e dilemas contemporâneos*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (coord.). **Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais – Em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 118.

⁶² NIJMAN, Janne; NOLLKAEMPER, André. *New perspectives on the divide between National & International Law*. New York: Oxford University Press Inc., 2007, p. 341.

minar a natureza autossuficiente do Direito Internacional e do Direito Interno⁶³. Os diversos canais formais e informais de comunicação entre as sociedades nacionais e internacionais não podem ser ignorados pelos estudiosos de Direito Internacional, tampouco pelos de Direito Constitucional e, com maior razão, pelos estudiosos e defensores dos direitos humanos. Mesmo que não seja desconsiderada a existência de Estados soberanos, as interações acabam tornando menos absoluta a ideia da separação extrema entre o Internacional e o Interno. É nesse sentido que se afirma que a divisão está se desgastando⁶⁴, o que consideramos imprescindível para um debate sobre os desafios para o cumprimento do Estatuto de Roma pelo Brasil.

Adotamos, assim, como referencial teórico a doutrina que enxerga o Direito Interno como fundamento do Direito Internacional e vice-versa, mas não como figuras dicotômicas ou excludentes entre si⁶⁵. De acordo com Allott, em sua obra *“The Emerging Universal Legal System”*, a divisão é um fenômeno que existe principalmente em nossas mentes⁶⁶. E, talvez, isso ocorra até mesmo por razões didáticas, ou seja, para que o conhecimento esteja “organizado” em nossas mentes.

Hoje, estamos diante do desenvolvimento de uma sociedade global e de um cosmopolitismo ético que exige dos Estados mais respeito aos direitos humanos. Não é aceitável, assim, a invocação da soberania ou de particularismos culturais como escusa para o descumprimento de tratados internacionais e para a criação de obstáculo à consecução da paz e da segurança universais^{67 68}. Nesse quadro, surgem fontes normativas e instâncias de

⁶³ NIJMAN, Janne; NOLLKAEMPER, André. **New perspectives on the divide between National & International Law**. New York: Oxford University Press Inc., 2007, p. 341.

⁶⁴ NIJMAN, Janne; NOLLKAEMPER, André. **New perspectives on the divide between National & International Law**. New York: Oxford University Press Inc., 2007, p. 342.

⁶⁵ Nessa perspectiva, Galindo afirma que: “O estabelecimento de princípios que regem as relações exteriores e a abertura material da Constituição ao Direito Internacional favorecem interpretações ‘amigas’ do Direito Internacional”. GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 406.

⁶⁶ ALLOTT, Philip. **The Emerging Universal Legal System**. In **3th International Law Forum**. Journal of the International Law Association, 2001, p. 16.

⁶⁷ Reconheço aqui o perigo de se utilizar expressões como “sociedade global”, “paz mundial” e “segurança mundial”. Como afirma Galindo, ao criticar o uso do termo “organização pacífica da comunidade internacional”, além da crítica de que o uso de expressões um tanto vagas como estas traz em si uma forte carga de idealismo, o fato é que a sua utilização se torna tão complexa que uma resposta certa e única sobre o que constitui a sociedade global, a paz mundial e a segurança mundial, se não é impossível, é bastante difícil. GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Dialogando na Multiplicação: uma aproximação. In: **Revista de Direito Internacional**, v. 9, n. 2, p. 1-10, 2012, p. 8. Contudo, se é certo que não existe uma precisão conceitual sobre tais termos e sequer a certeza sobre a sua existência, não menos certo é que, para falar de temas como o direito internacional penal, é praticamente impossível deixar de empregá-los.

⁶⁸ O argumento pode, à primeira vista, parecer simplista. O que se pretende, todavia, com a sua utilização é demonstrar que a realidade atual, de um maior conhecimento e envolvimento com o Direito Internacional, requer mudanças de paradigmas como a aqui defendida: de superação da ideia por tanto tempo prevalente no meio jurídico – e que, não se pode negar, até hoje com fortes expoentes, sobretudo dos que defendem a qualquer custo

resolução de conflitos alheias ao Estado, que não se subordinam ao direito interno⁶⁹ e que têm o objetivo precípuo de garantir, plena e eficazmente os direitos humanos, cuja proteção se dá, por exemplo, através da persecução penal dos perpetradores das práticas mais graves contra os direitos da pessoa humana.

Estes e outros fenômenos impactam fortemente o constitucionalismo contemporâneo, exigindo uma nova forma de pensar o Direito. A imagem tradicional da ordem jurídica estatal como uma pirâmide, em cujo topo estaria a Constituição soberana do Estado nacional, perde em parte o seu sentido. Existe, como afirma Canotilho, um “mal estar da Constituição”⁷⁰. A imagem da pirâmide aos poucos vai sendo substituída pela ideia de rede, em decorrência da presença no Direito de inúmeras cadeias normativas, emanadas de distintas fontes, incidentes sobre o mesmo ou sobre variados territórios, que se entrelaçam em uma trama complexa⁷¹.

Essa mudança de paradigma, de rompimento da separação entre o Interno e o Internacional, faz crer no surgimento de um verdadeiro Constitucionalismo Global, que leva em conta valores consagrados internacionalmente sem, contudo, dissociar-se daqueles estabelecidos internamente⁷². Também no Transconstitucionalismo, defendido por Marcelo Neves como uma proposta não de primazia de uma ordem ou jurisdição sobre a outra, mas de construção de uma racionalidade transversal que viabilize um diálogo profícuo entre ordens

a prevalência do Direito Interno sobre o Direito Internacional – da invocação da soberania e dos chamados particularismos culturais como escusa para o descumprimento de tratados internacionais.

⁶⁹ SARMENTO, Daniel. Constitucionalismo: trajetória histórica e dilemas contemporâneos. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (coord.). **Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais – Em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 115.

⁷⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Mal estar da Constituição e pessimismo pós-moderno. In: **Vértice**, Lisboa, n. 7, p. 9-12, 1988.

⁷¹ SARMENTO, Daniel. Constitucionalismo: trajetória histórica e dilemas contemporâneos. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (coord.). **Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais – Em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 120.

⁷² Tushnet denomina essa tendência de “Globalização do Direito Constitucional Doméstico”. TUSHNET, Mark. The inevitable Globalization of Constitutional Law. In: **Harvard Public Law Working**. Paper n.º 09-06, 2008. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1317766>. Acesso em: 13 de jan de 2014. Canotilho, por sua vez, fala em “Interconstitucionalidade”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade: Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina, 2008. Já Pernice fala no desenvolvimento do modelo de um Constitucionalismo de “Níveis Múltiplos” ou “Constitucionalismo Multinível”. PERNICE, Ingolf. Multilevel Constitutionalism and Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited? In: **Common Market Law Review**, v. 36, n. 4, 1999. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, p. 703-750. PERNICE, I. Multilevel Constitutionalism in the European Union. In: **European Law Review**, n. 27. Andover: Sweet & Maxwell, p. 511-529, 2006. Ainda, outros autores, como Walker e Cohen, que falam, simplesmente, em “pluralismo constitucional” para aludir à convivência entre diversas esferas constitucionais com pretensões regulatórias incidentes sobre um mesmo território ou sobre vários deles. WALKER, Neil. The idea of Constitutional Pluralism. In: **Modern Law Review**, n. 65, p. 317-359, 2002. COHEN, Jean L. Sovereignty in the Context of Globalization: A Constitutional Pluralist Perspective. In: BESSON, Samantha; TASSIOULAS, Jonh (edits.). **The Philosophy of International Law**. Cambridge: Oxford University Press, 2010, p. 261-280.

jurídicas⁷³. Ou, sob uma perspectiva ainda mais ampla, no Pluralismo Jurídico Global, a respeito do qual Nijman e Nollkaemper asseveram:

This conception of pluralism within a community of principles, at the same time piercing, transcending, and circumventing the divide between international and domestic law without bringing it to an end, offers an attractive basis for claims of political legitimacy in an international community of independent States and other actors, who will continue to disagree about political morality and wisdom^{74 75}.

Em todas essas teorias residem fundamentos teóricos essenciais para o debate sobre o cumprimento do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Embora não pretenda aqui debruçar no tema ou aprofundá-lo, por correr o risco de, em decorrência da paixão por este debate, não conseguir voltar ao tema central da dissertação, adoto-o como pressuposto para o desenvolvimento do trabalho. Isso porque as teorias do diálogo se preocupam com os novos desafios de um direito que ultrapassa as fronteiras dos Estados, tornando-se relevante nacional, internacional, supranacional e transnacionalmente, e outra não é a realidade do escopo subjacente à presente discussão: a busca da paz e da segurança universais.

2.2. As imunidades do indivíduo perante o Tribunal Penal Internacional

O Estatuto de Roma estabelece, no artigo 27, que suas regras aplicam-se a todas as pessoas de maneira igual, sem quaisquer distinções baseadas em função oficial, que não diminuirá a pena do indivíduo nem impedirá a sua responsabilização penal. Isso significa que as imunidades ou normas especiais de procedimentos vinculadas à função oficial previstas no direito interno não impedirão a atuação do TPI. A ideia é que a posição de Chefe de Estado ou de alto funcionário no governo não impessa a punição por atos criminosos praticados por essas autoridades.

Flávia Piovesan, valendo-se das quatro espécies de soberania apresentadas por Stephen Krasner⁷⁶, afirma que merecem destaque a soberania doméstica, referente à

⁷³ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

⁷⁴ NIJMAN, Janne; NOLLKAEMPER, André. **New perspectives on the divide between National & International Law**. New York: Oxford University Press Inc., 2007, p. 360.

⁷⁵ Tradução livre da autora: Essa concepção do pluralismo dentro de uma comunidade de princípios transcende e contorna a divisão entre direito internacional e doméstico, sem trazê-la ao fim, e oferece uma base atraente para reivindicações de legitimidade política em uma comunidade internacional de Estados independentes e outros atores que continuam a discordar sobre a sensatez e a moralidade política.

⁷⁶ “Stephen Krasner aponta a existência de quatro espécies de soberania: a soberania doméstica, tangente à organização interna do Estado; a soberania interdependente, tocante à regulamentação dos fluxos de bens, pessoas, poluentes, doenças e ideias através das fronteiras territoriais; a soberania de Westphalia, concernente à organização política pautada nos princípios da territorialidade e na exclusão de atores externos capazes de

organização interna do Estado, e a soberania legal internacional, relativa ao reconhecimento da isonomia entre os Estados na esfera internacional.

A partir dessa premissa é possível constatar que as regras de imunidade em geral e as prerrogativas processuais decorrentes do cargo ocupado são regras de ordem interna, que visam a resguardar o pleno exercício das funções públicas e manter o equilíbrio e a independência entre os poderes que compõem o Estado. Consiste, portanto, em aspecto relacionado à soberania doméstica.

Por outro lado, no âmbito da soberania internacional, é necessário distinguir a imunidade perante as Cortes Internacionais e a imunidade entre Estados⁷⁷. No caso da persecução de crimes internacionais por um terceiro Estado, este não pode julgar outro, perseguindo seus funcionários, por força da imunidade estatal. Aplica-se a regra *par in parem non habet imperium*, segundo a qual entre iguais não há quem domine. Nesse sentido, o precedente da Corte Internacional de Justiça (CIJ), em julgamento realizado em 14 de fevereiro de 2002, referente à decretação da prisão do Yerodia Ndombasi, então Ministro das Relações Exteriores do Congo, no pleno exercício das funções, por um magistrado belga. Na ocasião, reafirmando o velho dogma do Direito Internacional consuetudinário, decidiu a CIJ que a ordem de prisão de Yerodia e a circulação internacional do pedido constituíam violação ao Direito Internacional, por implicar o desrespeito à inviolabilidade pessoal e à imunidade de jurisdição penal de que dispunha aquela autoridade estrangeira, em face da jurisdição doméstica do Judiciário do Reino da Bélgica⁷⁸.

Todavia, na hipótese de crimes sob jurisdição das cortes internacionais não existe a possibilidade de aplicação das imunidades como um obstáculo processual à persecução penal. Isso porque, em se tratando de uma corte internacional como o TPI, devem prevalecer os valores humanos e não estatais; conseqüentemente, o princípio da soberania, que serve de fundamento para as imunidades, é flexibilizado. Como afirmam Flávia Piovesan e Daniela Ikawa, “a regra da imunidade foi delineada no intuito de proteger a soberania de um Estado

influenciar a autoridade interna; e a soberania legal internacional, referente ao reconhecimento do Estado como um igual na esfera internacional”. PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 177.

⁷⁷ AMBOS, Kai. Implementação do Estatuto de Roma na legislação nacional. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel (coord.). **Persecução penal internacional na América Latina e Espanha**. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

⁷⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Corte Internacional de Justiça. Armed activities on the territory of the Congo - New Application: 2002 - Democratic Republic of the Congo v. Rwanda. Summary of the Order of 10 July 2002.

frente a outro estado, não de bloquear o exercício da jurisdição por uma Corte Internacional”⁷⁹.

Não se pretende com tal afirmação desconsiderar a possibilidade de enxergar os valores estatais como valores humanos, pois ela, de fato, existe. Não se pode perder de vista, todavia, a realidade subjacente aos debates que envolvem o direito internacional penal, sobretudo o Tribunal Penal Internacional, que, via de regra, é de uma reação incisiva dos indivíduos contra um Estado ou agente estatal desrespeitador dos direitos dos seus “súditos”. É neste sentido que se fala na preterição dos valores estatais em relação aos valores humanos. Ressalte-se que os crimes de competência do Tribunal Penal Internacional, em geral, são cometidos ou consentidos por indivíduos que desempenham determinada função e se valem da máquina estatal para o alcance de seus propósitos. Assim, a regra do artigo 27 do Estatuto de Roma visa a evitar que tais indivíduos se utilizem dos privilégios e das imunidades que lhes são conferidos pelos ordenamentos pátrios como empecilho para a responsabilização por crimes internacionais.

Dessa forma, considerando-se que as imunidades e foros por prerrogativa de função elencados na Constituição são dirigidos apenas à ordem interna, um parlamentar que, ao fazer uso da palavra na respectiva Casa Legislativa, pregar o genocídio, poderá ser processado penalmente pela jurisdição interna, ou pelo TPI, sem que isso viole a ordem jurídica brasileira. De igual modo, eventual pedido de entrega de estrangeiro alcançado por regra de imunidade ou prerrogativa de função prevista no direito doméstico não poderá ser negado pelo Brasil com fundamento no aludido privilégio⁸⁰.

Há quem afirme que, caso o Brasil deseje manter as imunidades e prerrogativas, mesmo diante da vedação constante do Estatuto, a solução a ser adotada será insistir no julgamento do indivíduo, pois, nessa hipótese, a persecução penal pela jurisdição brasileira poderá impedir o TPI de atuar⁸¹, por força do princípio da complementariedade⁸². Entendo,

⁷⁹ PIOVESAN, Flávia e IKAWA, Daniela Ribeiro. O Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro. In: **Anais da XVIII Conferência Nacional dos Advogados: cidadania, ética e estado**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2003, p. 1.339.

⁸⁰ Em contrapartida, há quem defenda que a legislação constitucional brasileira (artigos 102, I, “b” e “c”, 52, I e II, 53, *caput*, c/c artigo 5º, LIV, todos da Constituição) constitui óbice à aplicação do artigo 27 do Estatuto de Roma. Sobre o assunto, c.f.: TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. **Tribunal Penal Internacional & a Emenda Constitucional 45/04 (Sistema Normativo Brasileiro)**. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 287.

⁸¹ MALHEIRO, Emerson Penha. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 184.

⁸² O princípio da complementariedade assegura que a principal responsabilidade de investigar e julgar os acusados dos atos sob a jurisdição do TPI é dos tribunais nacionais. Sobre o tema, Ascensio leciona: “Enquanto os tribunais penais *ad hoc* gozam de uma primazia sobre as jurisdições internas e podem, em qualquer caso, julgar as pessoas acusadas em nível internacional, o Estatuto do TPI optou por uma solução bem diferente. Ele esboça um sistema jurisdicional global, fundado no princípio da complementariedade entre o TPI e as jurisdições

todavia, que, se a persecução penal pela jurisdição brasileira considerar as imunidades ou regras especiais de procedimento decorrentes da função oficial exercida pelo acusado de crimes de genocídio, de guerra, de lesa-humanidade e de agressão, o Tribunal Penal Internacional poderá, com base no artigo 20 (3) (a) e (b) do Estatuto de Roma⁸³, julgá-lo novamente, sem incorrer em *bis in idem*. Isso porque, quando o Judiciário aplica as regras de imunidade, que são vedadas pelo TPI, pode-se dizer que a jurisdição nacional está, em última análise, subtraindo o acusado da sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal, na forma do artigo 20 (3) (a) do Estatuto de Roma, ou conduzindo o processo de uma maneira que, no caso concreto, revela-se incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça, conforme a regra estatutária prevista no artigo 20 (3) (b).

2.2.1. A jurisdição brasileira e o pedido de cooperação do Tribunal Penal Internacional no Caso Omar Hassan Ahmad Al Bashir

O conflito de Darfur, iniciado oficialmente em fevereiro de 2003, foi caracterizado pelo ataque de grupos darfurianos a postos do governo sudanês na região, em razão do abandono e do descaso do governo de Cartum, eminentemente árabe. Atualmente, o conflito armado na região oeste do Sudão ocorre entre os janjawid - milicianos recrutados entre os baggara, tribos nômades africanas de língua árabe e religião muçulmana - e os povos não árabes da região. O governo sudanês apoia os janjawid, por meio do fornecimento de armas, de assistência e da participação em ataques conjuntos ao grupo opositor.

Em decorrência desses acontecimentos, o Conselho de Segurança da ONU enviou ao Tribunal Penal Internacional, em 2005, a situação de violação de direitos humanos na região e deu ensejo à abertura de investigação contra o atual Presidente da República do

nacionais. Os casos apresentados ao Tribunal Penal Internacional só seriam recebidos se os Estados não perseguissem eles mesmos os indivíduos responsáveis, seja porque o sistema judicial interno esteja paralisado, seja porque os Estados não desejam perseguir eles mesmos os responsáveis, seja enfim porque os processos internos visam na realidade a destituir o acusado de sua responsabilidade penal". ASCENSIO, Hervé. **O Brasil e os Novos Desafios do Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 274. É importante destacar que o princípio da complementariedade deve ser visto como um reflexo do interesse da comunidade internacional em ver fortalecidas a adesão dos Estados aos *standards* internacionais e a busca pelo desenvolvimento de mecanismos jurisdicionais internos, ou seja, o aprimoramento dos tribunais nacionais, que provoca uma conscientização interna e, ao mesmo tempo, global, acerca da necessidade da persecução penal dos crimes previstos no Estatuto de Roma.

⁸³ "Art. 20 [...] 3 - O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal, por atos também punidos pelos artigos 6º, 7º ou 8º, a menos que o processo nesse outro tribunal: a) Tenha tido por objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; ou b) Não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça." BRASIL. Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002.

Sudão, Omar Hassan Ahmad Al Bashir, mencionada no item 1.2.3. do capítulo 1. Na fase preliminar do procedimento penal, por vislumbrar satisfeitos os requisitos e as condições a que se refere o artigo 58 do Estatuto de Roma⁸⁴, o TPI expediu ordem de detenção e entrega do investigado e encaminhou o pedido de cooperação a todos os países signatários do Estatuto. A acusação é de ser o Chefe de Estado penalmente responsável, enquanto autor indireto ou co-autor indireto, pela prática de crimes contra a humanidade⁸⁵ e de guerra⁸⁶, previstos nos artigos 7º e 8º do Estatuto de Roma, entre março de 2003 até, pelo menos, 14 de julho de 2008.

De acordo com o Mandado de Detenção, há fundados indícios de que o investigado era, de fato, o Presidente do Sudão e o Comandante-Chefe das Forças Armadas sudanesas de março de 2003 a 14 de julho de 2008 e, a esse título, teria desempenhado um papel essencial ao coordenar, em conjunto com outros dirigentes políticos e militares sudaneses de alta patente, a elaboração e a implantação de uma campanha generalizada e sistemática contra parte da população civil de Darfur, pertencente principalmente aos grupos étnicos Fur, Masalit e Zaghawa. Para o Juízo Preliminar I, a sua detenção é, então, necessária para garantir seu comparecimento ao Tribunal e evitar que se obstrua ou ponha em perigo o inquérito em curso e continue cometendo os crimes dos quais está sendo acusado.

No Brasil, o pedido foi dirigido ao Embaixador do Brasil no Reino dos Países Baixos e, posteriormente, encaminhado pelo Itamaraty e o Ministério da Justiça ao Supremo Tribunal Federal, que recebeu o pedido como Petição (Pet. n. 4.625). Trata-se de um pedido, conforme já afirmado no item 1.2.3 do capítulo 1, de natureza meramente hipotética, visto que o Presidente sudanês não se encontra em território nacional. Inexiste, inclusive, qualquer expectativa de que venha realizar visita oficial ao Brasil futuramente.

⁸⁴ “Art. 58 - Mandado de Detenção e Notificação para Comparecimento do Juízo de Instrução: 1. A todo o momento após a abertura do inquérito, o Juízo de Instrução poderá, a pedido do Procurador, emitir um mandado de detenção contra uma pessoa se, após examinar o pedido e as provas ou outras informações submetidas pelo Procurador, considerar que: a) Existem motivos suficientes para crer que essa pessoa cometeu um crime da competência do Tribunal; e b) A detenção dessa pessoa se mostra necessária para: i) Garantir o seu comparecimento em tribunal; i) Garantir que não obstruirá, nem porá em perigo, o inquérito ou a ação do Tribunal; ou iii) Se for o caso, impedir que a pessoa continue a cometer esse crime ou um crime conexo que seja da competência do Tribunal e tenha a sua origem nas mesmas circunstâncias.” BRASIL. Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002.

⁸⁵ Crimes contra a humanidade: atacar intencionalmente a população civil em geral ou civis que não participem diretamente nas hostilidades e saquear um aglomerado populacional ou um local, mesmo quando tomado de assalto.

⁸⁶ Crimes de guerra: homicídio; extermínio; deportação ou transferência forçada de uma população; tortura; e violação, escravidão sexual, prostituição, esterilização e gravidez forçadas ou qualquer outra forma de violência sexual de semelhante gravidade.

O ministro Celso de Mello, no despacho de 4 de agosto de 2009⁸⁷, mencionou a importância de discutir as incompatibilidades do Estatuto de Roma com o ordenamento jurídico brasileiro. Especificamente sobre a imunidade dos indivíduos, o ministro registrou o já citado julgamento da Corte Internacional de Justiça concernente à decretação da prisão do Ministro das Relações Exteriores congolês, em que foi assentado que a ordem de prisão e sua correspondente circulação internacional infringiam o direito internacional, por implicarem desrespeito à inviolabilidade pessoal e à imunidade de que dispunha a autoridade estrangeira em face da jurisdição doméstica do Judiciário do Reino da Bélgica. Ressaltou, contudo, que o caso julgado pela Corte Internacional de Justiça se referia a situação diversa da tratada na Pet. n. 4.625, visto que a jurisdição do Tribunal Penal Internacional não é estrangeira, mas internacional, e os institutos da extradição e da entrega são distintos. Observou, por fim, que, de acordo com o Estatuto de Roma, é irrelevante, para efeitos de persecução penal, a condição política do agente, que não poderá opor ao Tribunal Penal Internacional, ainda que se cuide de Chefe de Estado ou de Governo, a denominada *sovereign immunity ou crown immunity*, tal como estipula, expressamente, o artigo 27 da convenção multilateral.

O processo ainda não foi julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal e está concluso ao ministro relator para julgamento, com parecer do Ministério Público Federal, desde 19 de agosto de 2013⁸⁸. O que se percebe, contudo, é que, diante do pedido de entrega de um Chefe de Estado, como o Presidente do Sudão, em pleno exercício de suas funções, tornou-se ainda mais relevante a discussão acerca do artigo 27 do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional e sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro.

2.2.2. A visão do Ministério Público Federal a respeito da imunidade prevista no Estatuto de Roma

No tocante à impossibilidade de invocação, por Chefe de Estado, de sua imunidade de jurisdição em face do Tribunal Penal Internacional, o parecer da Procuradoria-Geral da República foi no sentido da “constitucionalidade” do Tratado.

O Ministério Público Federal inicia a manifestação afirmando que a imunidade jurisdicional do Estado ou de seu governante encontra sua raiz histórica na identificação que outrora se fazia entre a pessoa do soberano e o Estado. Diz que, com a publicação de “O

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 4.625/TPI. Decisão do Ministro Celso de Mello. Requerente: Tribunal Penal Internacional. Requerido: Omar Hassan Ahmad El Bashire. Relatora: Ministra Ellen Gracie. DJ de 4 de agosto de 2009.

⁸⁸ Folha de andamento processual disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2691069>. Acesso em: 30 abr 2014.

Príncipe” por Maquiavel, em 1513, a ideia da inimizabilidade dos governantes adquiriu forma doutrinária, pois, para o pensador italiano, “um príncipe, e especialmente um príncipe novo, não pode observar todas as coisas a que são obrigados os homens considerados bons, sendo frequentemente forçado, para manter o governo, a agir contra a caridade, a fé, a humanidade e a religião”⁸⁹. Lembra, ademais, a frase atribuída a Luís XIV, *l'Etat c'est moi*⁹⁰, para dizer que a posição do soberano em face do Estado importava na extensão da personalidade do rei às diversas funções e atividades estatais.

Após essa breve digressão histórica, cita a teoria da imunidade absoluta e o caso *Schooner Exchange v. McFaddon*, de 1812, em que a Suprema Corte norte-americana entendeu que os atos e os status possuem características pública ou privada, distinguindo-se os atos de *iure imperii*, mantida a imunidade de jurisdição, e os atos *iure gestionis*, hipótese em que não se concede a imunidade de jurisdição. Afirma que, atualmente, as imunidades e demais privilégios que são reconhecidos aos chefes de Estado decorrem exclusivamente do cargo que ocupam e das funções que desempenham como representantes estatais máximos. E que, para o Direito Internacional, o Chefe de Estado é, à semelhança dos agentes diplomáticos e do Ministro das Relações Exteriores, um dos órgãos competentes para a manutenção das relações internacionais do Estado. Ressalta, então, que, com a relativização da imunidade de jurisdição, ultrapassou-se a ideia vigorante da competência nacional exclusiva, onde se defendia que, pelo critério material, certos assuntos, ainda que regidos pelos tratados internacionais, somente seriam sujeitos à competência interna. E que a responsabilização dos Estados e de seus governantes pelos seus atos e omissões acolheu a noção da consciência jurídica universal, em que “*el orden internacional de las soberanías cedía terreno al de la solidaridad*”⁹¹, conforme leciona Cançado Trindade.

Segundo o Ministério Público, as regras do Direito brasileiro concernentes às imunidades em geral e às prerrogativas de foro por exercício de função são de ordem interna e não podem ser impostas pelo Brasil aos demais Estados ou órgãos internacionais. Além disso, os crimes de competência do Tribunal Penal Internacional são, em sua grande maioria, perpetrados por indivíduos que utilizam as imunidades e os privilégios atinentes aos seus cargos como modo de permanecerem impunes. E é justamente contra os agentes políticos que o funcionamento do Poder Judiciário mais se tem mostrado ineficaz, incentivando-se a criação

⁸⁹ MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Tradução José Antônio Martins. São Paulo: Hedra, 2009, p. 151.

⁹⁰ Em Português: o Estado sou eu.

⁹¹ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **O direito internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 551.

de um mecanismo capaz de evitar que a impunidade ponha em risco a paz e a segurança internacionais e os direitos fundamentais dos indivíduos.

Em reforço à sua tese, cita o Projeto de Lei n. 4.038/2008 que, em seu artigo 6º, estabelece que o exercício de função política, bem como de cargo ou função pública, civil ou militar, não exclui o crime, não isenta o agente de pena, nem constitui, por si só, motivo para sua redução. Cita, ainda, a doutrina de Constantin Eustathiades, para quem a responsabilidade internacional abarca tanto a proteção dos direitos humanos como a punição dos criminosos. No caso, o processamento e julgamento do Presidente do Estado sudanês⁹².

Por fim, destaca que os trâmites internos relativos à imunidade processual devem ser inaceitáveis, tendo em vista que as instâncias sudanesas podem ser omissas ou lenientes e o Tribunal Penal Internacional pode vir a entender que deve, de maneira complementar, atuar jurisdicionalmente. Com efeito, no entender da Procuradoria-Geral da República, a razão de ser da complementariedade⁹³ é exatamente buscar a repressão mais eficaz e assegurar que o TPI aja unicamente de modo subsidiário, quando se dá a chamada “falência das instituições internacionais”⁹⁴, na expressão utilizada por Ricardo Lewandowski, como diz ser o caso da persecução penal do extraditando⁹⁵.

2.3. Pena de prisão perpétua

A Comissão de Direito Internacional encaminhou, em 1994, o projeto de um estatuto para um tribunal penal internacional à 49ª Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas que, em 1998, convocou uma conferência diplomática com o objetivo de finalizar os trabalhos e aprovar o estatuto. Durante os debates ocorridos nos meses de junho e julho de 1998, a questão das penas aplicáveis suscitou acaloradas discussões entre os representantes dos Estados presentes, inclusive o Brasil. A pena de morte estava entre aquelas previstas no projeto de Estatuto encaminhado pela Comissão de Direito Internacional, mas foi rejeitada de forma categórica pelas delegações dos Estados que não a aceitavam em suas ordens internas. Em contrapartida, um número significativo de delegações, representantes, em geral, do

⁹² EUSTATHIADES, Constantin. Les sujets de droit international et la responsabilité internationale. In: **Recueil des Cours**, n.º 3, p. 401-428, 1953.

⁹³ O Estatuto de Roma destaca, em seu Preâmbulo, que é complementar às jurisdições penais nacionais.

⁹⁴ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade. In: CALMON, Eliana; BULOS, Uadi Lammêgo (coord.). **Direito Processual – Inovações e perspectivas. Estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 225-235.

⁹⁵ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. Parecer n. 5.690 – PGR. Roberto Gurgel.

sistema do *Common Law*, defendeu a permanência da pena de morte no Estatuto de Roma, com fundamento no caráter retributivo da pena.

Prevaleceu, ao final dos debates, o ponto de vista favorável à exclusão da pena de morte. As delegações que defendiam a solução oposta reforçaram, contudo, a tese de que a exclusão da pena de morte seria a única concessão no campo das penas previstas no Estatuto de Roma⁹⁶. Como as delegações contrárias à retirada da pena capital estavam preocupadas com as repercussões da medida em suas ordens internas, o Presidente da Conferência, Giovanni Conso, fez declaração formal de que a não inclusão da pena de morte no Estatuto não teria implicações jurídicas nos sistemas nacionais nem influenciaria o desenvolvimento do costume internacional⁹⁷.

Já a pena de caráter perpétuo não gerou tantos debates na 49ª Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas e acabou sendo disciplinada nos artigos 77 e 110 do Estatuto de Roma.

No âmbito interno, todavia, a questão é indicada como um desafio para o cumprimento do tratado. Enquanto o artigo 77 (1) (b) do Estatuto de Roma prevê a possibilidade de prisão perpétua, “se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem”⁹⁸; no Brasil, o artigo 5º, inciso XLVII, alínea “b”, da Constituição, considerado cláusula pétrea, veda expressamente a prisão perpétua. Por isso, questiona-se a compatibilidade da reprimenda estatutária com o ordenamento jurídico pátrio.

Há uma corrente⁹⁹ que, diante da inadmissibilidade de reservas ao Estatuto, defende a inconstitucionalidade da pena de prisão perpétua nele prevista e, por conseguinte, a impossibilidade de sua ratificação pelo Brasil¹⁰⁰. César Roberto Bitencourt, por exemplo,

⁹⁶ LOBO, Antônio Costa. Um tribunal à escala mundial. In: **O mundo em português**, n.º 18. Mar. 2001. Disponível em: <http://archive-pt.com/page/89244/2012-07-08/http://www.ieei.pt/publicacoes/artigo.php?artigo=870>. Acesso em: 30 abr 2014. SOUZA, Artur de Brito Gueiros. O Tribunal Penal Internacional e a proteção aos Direitos Humanos: uma análise do Estatuto de Roma à luz dos princípios do direito internacional da pessoa humana. In: **Boletim Científico da ESMPU**, Brasília, a. III – n. 12, p. 9-31, jul./set., 2004. Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-12-2013-julho-setembro-de-2004/o-tribunal-penal-internacional-e-a-protecao-aos-direitos-humanos-uma-analise-do-estatuto-de-roma-a-luz-dos-principios-do-direito-internacional-da-pessoa-humana>. Acesso em: 30 abr 2014.

⁹⁷ MAIA, Marrielle. **Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementariedade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 45.

⁹⁸ BRASIL. Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002.

⁹⁹ Exponentes da corrente que defende a inconstitucionalidade da pena de prisão perpétua prevista no Estatuto de Roma: BITENCOURT, 2002; CERNICCHIARO, 2000; LUISI, 2000; MENEZES, 2009; SABADELL e DIMOULIS, 2009; TAQUARY, 2011.

¹⁰⁰ Nesse sentido, Ana Sabadell e Dimitri Dimoulis afirmam que “o texto constitucional garante direitos fundamentais contra violações, presentes ou futuras, conhecidas ou desconhecidas no momento da redação do texto. Proibir a prisão perpétua e, parcialmente, a extradição foi uma decisão do poder constituinte que vincula as autoridades estatais e, em primeiro lugar, o Poder Legislativo, independentemente das futuras circunstâncias e necessidades de ‘flexibilização’. Quando os poderes constituídos contrariam esse imperativo não exprimem uma

afirma que a pena perpétua não pode ser instituída no País nem por meio de tratados internacionais, nem por emenda constitucional, uma vez que as garantias do artigo 5º configuram cláusulas pétreas¹⁰¹. Nessa linha, argumenta-se que, como o ordenamento pátrio não admite a pena perpétua, não pode delegar à jurisdição internacional, por meio de tratado, o poder de aplicá-la, não lhe sendo autorizado delegar poderes que não possui.

Afirma-se, ademais, que a aceitação da pena de prisão perpétua, além de contrariar a ideia da ressocialização do apenado, que permeia o sistema penal brasileiro, viola os ideais estabelecidos no próprio Estatuto de Roma. Com efeito, o TPI foi concebido com o fim de proteger os direitos humanos e “essa proteção não deve ser adstrita às vítimas de crimes, alcançando indistintamente todas as pessoas humanas, inclusive, e com maior razão, os indivíduos a serem submetidos a seu julgamento”¹⁰².

Por fim, considerado o perpetrador como um sujeito de direitos humanos, é possível alegar o princípio *pro homine* ou *pro persona* para defender a inconstitucionalidade, e até mesmo a inconveniência¹⁰³, da previsão de pena de prisão perpétua. O princípio prescreve que, no momento de se eleger que norma de direitos humanos regerá o caso concreto, deve prevalecer aquela que mais protege o direito invocado, seja nacional ou internacional. Tem sido amplamente aplicado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, conforme se extrai dos seguintes casos: Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012 Serie C No. 246, párr. 123; Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 180 y 181; Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 34; e Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia. Fondo,

‘mutação constitucional’; cometem simplesmente uma violação de preceito constitucional”. SABADELL, Ana Lúcia; DIMOULIS, Dimitri. O Tribunal Penal Internacional em face da Constituição brasileira e a questão da ineficácia social dos direitos fundamentais. In: **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Editora Fórum, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, jan./mar. 2009, p. 41-70, p. 55. Também Eneida Taquary afirma que “a pena de prisão perpétua por sua vez é inadmitida no direito pátrio, o que conduz ao mesmo argumento acima mencionado. Trata-se de direito fundamental da pessoa humana, previsto na Constituição Federal não passível de emendas ou alterações por lei ordinária, motivo pelo qual se afigura como inconstitucional”. TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. **Tribunal Penal Internacional & a Emenda Constitucional 45/04 (Sistema Normativo Brasileiro)**. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 288.

¹⁰¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tribunal Penal Internacional – prisão perpétua: inconstitucionalidade. In: **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 297, p. 56-66, p. 64-65, jul., 2002.

¹⁰² CAMPOS, Márcio André de Almeida. Tribunal penal internacional e aplicação de pena de prisão perpétua a brasileiro nato. In: **Revista Jurídica Consulex**, v.12, n. 283, p. 44-47, p 47, out., 2008.

¹⁰³ Pode-se indicar, por exemplo, a inconveniência por violação ao princípio da humanização das penas, previsto em diversos tratados internacionais. Ex.: artigo 5º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigos 7º e 10, (1) e (3) do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e artigo 5º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 106. Também a Opinião Consultiva OC-5/85 del 13 de novembro de 1985; párr. 52.

Por outro lado, sustenta-se que a vedação contida na Constituição é dirigida exclusivamente ao direito interno, não podendo atingir outra jurisdição, seja ela estrangeira ou internacional. Conforme afirma Sylvia Steiner, as normas de Direito Penal previstas na Constituição regulam o sistema punitivo interno e, por isso, apresentam a exata medida do que o constituinte vê como justa retribuição, não podendo ser projetadas para outros sistemas penais aos quais o país se vincule por força de compromissos¹⁰⁴.

Nesse sentido, Cachapuz de Medeiros afirma que:

Se somos benevolentes com ‘nossos delinquentes’, isso só se diz bem com os sentimentos dos brasileiros. Não podemos impor o mesmo tipo de ‘benevolência’ aos Países estrangeiros. A proibição constitucional da pena de caráter perpétuo restringe apenas o legislador interno brasileiro. Não constringe nem legisladores estrangeiros, nem aqueles que labutam na edificação do sistema jurídico internacional¹⁰⁵.

Assim, ao contrário do que afirma César Roberto Bitencourt, a ratificação do Estatuto de Roma não implica a instituição da pena de prisão perpétua no Brasil, pois a sua instituição dar-se-á na jurisdição internacional, aceita pelo ordenamento jurídico pátrio como uma jurisdição complementar. Ademais, conforme dispõe o artigo 80 do Estatuto, nada prejudicará a aplicação pelos Tribunais das penas previstas nos respectivos direitos internos, ou a aplicação da legislação de Estados que não preveja as penas referidas no Estatuto.

Outro argumento para a defesa da inexistência de conflito é a ideia da prevalência dos princípios sobre as regras constitucionais. Nesse contexto, são apontados o artigo 1º, inciso III, da Constituição, que estabelece como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, o artigo 4º, inciso II, da Constituição, que prevê que o País reger-se-á, nas suas relações internacionais, pela prevalência dos direitos humanos, e o artigo 7º do ADCT, que dispõe que o Brasil propugnará pela criação de um Tribunal

¹⁰⁴ STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. O Tribunal Penal Internacional, a pena de prisão perpétua e a Constituição Brasileira. In: **Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco**. Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 448-459, 2003. No mesmo sentido: 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, 2000, p. 9-15. ARIFA, Bethânia Itagiba Aguiar. Pena de caráter perpétuo, princípio da legalidade e exceção à coisa julgada: desafios para a jurisdição constitucional brasileira no cumprimento do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. In: **Observatório da Jurisdição Constitucional**, ano 5, p. 1-19, 2011/2012. Em sentido oposto, Fábio Menezes afirma ser “inaceitável, portanto, o argumento de que a ordem constitucional pátria encontra-se voltada apenas para o âmbito interno, pois, de conformidade com a teoria do constitucionalismo global, a Constituição é o instrumento que permite ao Estado brasileiro dar concreção aos princípios de direito internacional (*jus cogens*), dentre eles o que assegura a dignidade da pessoa humana, em suas relações com Estados estrangeiros.” MENEZES, Fábio Victor de Aguiar. República do Sudão e o Estatuto de Roma. In: **Revista Jurídica Consulex**, Ano XIII, n.º 305, set. 2009, p. 46-49, p. 48.

¹⁰⁵ 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, 2000, p. 9-15, p. 15.

Internacional de Direitos Humanos. Dessa forma, considerando-se que os objetivos do TPI revelam a prevalência da proteção desses direitos constitucionalmente assegurados, conclui-se pela convergência entre o ordenamento pátrio e as previsões estatutárias referentes à pena perpétua¹⁰⁶.

Vale dizer que, além de ter um caráter excepcional, o Estatuto prevê a possibilidade de redução da pena, desde que cumpridos determinados requisitos. O artigo 110 dispõe que o Tribunal terá a faculdade de decidir sobre a redução da pena de prisão perpétua quando o condenado já tiver cumprido 25 (vinte e cinco) anos de prisão. As condições para que seja realizado o reexame são:

- a) A pessoa tiver manifestado, desde o início e de forma contínua, a sua vontade em cooperar com o Tribunal no inquérito e no procedimento;
- b) A pessoa tiver, voluntariamente, facilitado a execução das decisões e despachos do Tribunal em outros casos, nomeadamente ajudando-o a localizar bens sobre os quais recaíam decisões de perda, de multa ou de reparação que poderão ser usados em benefício das vítimas; ou
- c) Outros fatores que conduzam a uma clara e significativa alteração das circunstâncias suficiente para justificar a redução da pena, conforme previsto no Regulamento Processual¹⁰⁷.

O parágrafo 5º do citado dispositivo estatutário estabelece, ainda, que, se, no reexame inicial realizado após os 25 (vinte e cinco) anos do cumprimento da pena, o Tribunal considerar não haver motivo para a redução da pena, a questão será subsequentemente reexaminada com a periodicidade e nos termos previstos no Regulamento Processual.

Há, ainda, argumento no sentido de que, se o Código Penal Militar, em uma série de crimes¹⁰⁸, e a Constituição, no caso de guerra declarada¹⁰⁹, admitem a pena de morte, mais grave que a perpétua, esta seria plenamente admissível nos casos de crimes contra a humanidade, genocídio, crimes de guerra e crimes de agressão, pois quem pode o mais, pode o menos¹¹⁰. Sob tal perspectiva, é possível, a partir da técnica da interpretação conforme, reconhecer a constitucionalidade da pena de prisão perpétua nos casos em que os crimes pelos quais o perpetrador é acusado tenham sido praticados em um contexto de guerra declarada.

¹⁰⁶ STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. O Tribunal Penal Internacional, a pena de prisão perpétua e a Constituição Brasileira. In: **Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco**. Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 448-459, 2003.

¹⁰⁷ BRASIL. Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002. Artigo 110 (4) (a) (b) (c).

¹⁰⁸ Como exemplo, temos o crime de genocídio (artigo 401) e de violência sexual, quando seguido de morte (artigo 408, alínea “b”). BRASIL. Código Penal Militar. Decreto-Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969.

¹⁰⁹ Constituição, artigo 5º, inciso XLVII, alínea “a”.

¹¹⁰ Argumento exposto por João Marcello de Araújo Júnior no Segundo Encontro de Direito Penal e Processo Penal da Universidade do Grande Rio. Apud JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Possibilidades e desafios de adequação do Estatuto de Roma à ordem constitucional brasileira. In: AMBOS, Kai; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano Japiassú (orgs). **Tribunal Penal Internacional: possibilidades e desafios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 199-222, p. 220.

Por fim, pode-se entender constitucional a imposição da pena perpétua ao condenado pelo Tribunal Penal Internacional, desde que venha a ser cumprida no estrangeiro, por força de decisão daquele Tribunal. Isto é, para que seja possível a execução da pena perpétua eventualmente imposta é preciso apenas que seu cumprimento ocorra em país diverso do Brasil, compatibilizando-se, assim, as normas do Estatuto de Roma e da Constituição Federal. Esse, aliás, o entendimento da Procuradoria-Geral da República, no parecer já ofertado na citada Pet. n. 4.625¹¹¹.

2.3.1. A pena de prisão perpétua estatutária na visão do Supremo Tribunal Federal

O Estatuto do Estrangeiro, Lei n. 6.815/80, em seu artigo 91, inciso III, estipula que não será efetivada a entrega do extraditando sem que o Estado requerente assumo o compromisso de comutar em pena privativa de liberdade a pena corporal ou de morte, ressalvados, quanto à última, os casos em que a lei brasileira permitir a sua aplicação. O artigo 5º, inciso XLVII, da Constituição estabelece que não haverá pena “de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX”. Diante disso, para conceder extradição de estrangeiro para outro Estado, em razão de delito nele praticado, o ordenamento jurídico brasileiro exige a comutação da pena de morte em pena privativa de liberdade.

A princípio, a comutação não era, contudo, exigida quando se tratava da pena de prisão perpétua, conquanto esta também fosse vedada pelo ordenamento pátrio (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “b”, da Constituição). Um julgado que reflete esse entendimento é a Extradição 426, anterior à Constituição de 1988¹¹², quando afirmou o STF que, “em face da reiteração do texto legal, entre nós, por quase um século, claro e límpido no sentido da necessidade de comutação tão-somente das penas corporal e de morte”¹¹³, a extradição de indivíduo prescinde do compromisso de comutação da pena perpétua em pena privativa de liberdade com prazo máximo de trinta anos. Na ocasião, o ministro Sidney Sanches afirmou

¹¹¹ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. Parecer n. 5.690 – PGR. Roberto Gurgel. Verifica-se, todavia, a fragilidade do argumento, uma vez que o local do cumprimento da pena não é suficiente para alterar suposta inconstitucionalidade da norma que a prevê. Não resolve, por exemplo, eventual situação brasileira enfrentada pelo Tribunal Penal Internacional em que seja possível o cumprimento da pena no País.

¹¹² A Constituição anterior (artigo 150, § 11) também vedava a pena de prisão perpétua: “Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, nem de confisco. Quanto à pena de morte, fica ressalvada a legislação militar aplicável em caso de guerra externa. A lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967.

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição 426/EUA. Tribunal Pleno. Requerente: Governo dos Estados Unidos da América. Extraditando: Russell Wayne Weissel. Relator: Ministro Rafael Mayer. DJ de 18 de outubro de 1985.

que “o parágrafo 11 do artigo 153 da Constituição Federal (de 1967), a meu ver, visou impedir apenas a imposição das penas ali previstas (inclusive a perpétua) para os que aqui tenham que ser julgados. Não há de ser pretendido fora do país”¹¹⁴.

Em 1991, já sob a égide da Constituição de 1988, no julgamento da Extradicação 507, que tratava de situação em que o extraditando fugiu para o Brasil durante o cumprimento da pena de prisão perpétua, o STF deferiu o pedido de cooperação internacional sem qualquer ressalva quanto à pena de prisão perpétua, reiterando o entendimento perfilhado anteriormente. No referido julgado, o ministro Marco Aurélio, acompanhando o ministro Ilmar Galvão, relator para o acórdão, afirmou não encontrar, na legislação em vigor, qualquer preceito que autorizasse “o deferimento de pedido de extradição com cláusula restritiva, como que a se transportar, para o direito do Estado requerente, um preceito da nossa ordem jurídica”¹¹⁵. Também deferindo a extradição sem ressalvas, o então presidente do STF, ministro Sidney Sanches, afirmou que “a Constituição, quando proíbe a aplicação de pena de prisão perpétua, obviamente está se referindo aos brasileiros e nacionais, quando aqui são julgados. E não aos que são julgados noutra País”¹¹⁶.

Também no julgamento da Extradicação 669, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a imposição das penas privativas de liberdade, tais como abstratamente definidas na legislação de New Jersey, traduz opção judicial peculiar ao ordenamento jurídico daquele estado-membro da União norte-americana. Assentou, então, que “não se pode impor, no plano das relações extradicionais entre estados soberanos, a compulsória submissão da parte Requerente ao modelo jurídico de aplicação de penas vigente no âmbito do sistema normativo do estado a quem a extradição é solicitada”¹¹⁷.

Esse entendimento do Supremo encontra amparo no artigo 91 da Lei n. 6.815/80, em que não há restrição, em nenhuma das hipóteses que disciplina, ao deferimento de pedido de extradição em função da possibilidade de aplicação da pena de prisão perpétua. Dessa

¹¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação 426/EUA. Tribunal Pleno. Requerente: Governo dos Estados Unidos da América. Extraditando: Russell Wayne Weissel. Relator: Ministro Rafael Mayer. DJ de 18 de outubro de 1985.

¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação 507/Argentina. Tribunal Pleno. Requerente: Governo da Argentina. Extraditando: Hugo Rodolfo Zito. Relator: Ministro Néri da Silveira. Relator para o acórdão: Ministro Ilmar Galvão. DJ de 3 de novembro de 1993. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=324734>. Acesso em: 30 abr 2014.

¹¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação 507/Argentina. Tribunal Pleno. Requerente: Governo da Argentina. Extraditando: Hugo Rodolfo Zito. Relator: Ministro Néri da Silveira. Relator para o acórdão: Ministro Ilmar Galvão. DJ de 3 de novembro de 1993. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=324734>. Acesso em: 30 abr 2014.

¹¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação. Extradicação 669/EUA. Tribunal Pleno. Requerente: Governo dos Estados Unidos da América. Extraditando: Mohammad Raslan Deeb. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ de 29 de março de 1996. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=324862>. Acesso em: 4 mai 2014.

maneira, ainda que o Direito brasileiro não admita a pena perpétua, esse fato não configura óbice para efeitos extradicionais¹¹⁸.

Em 2004, o STF alterou o seu entendimento, no julgamento da Extradicação 855, para condicionar a entrega do extraditando à comutação das penas de prisão perpétua em pena de prisão de no máximo trinta anos, em conformidade com o artigo 75, § 1º, do Código Penal. Na ocasião, ficou assentado que:

A extradição somente será deferida pelo Supremo Tribunal Federal, tratando-se de fatos delituosos puníveis com prisão perpétua, se o Estado requerente assumir, formalmente, quanto a ela, perante o Governo brasileiro, o compromisso de comutá-la em pena não superior à duração máxima admitida na lei penal do Brasil (CP, art. 75), eis que os pedidos extradicionais – considerado o que dispõe o art. 5º, XLVII, ‘b’ da Constituição da República, que veda as sanções penais de caráter perpétuo – estão necessariamente sujeitos à autoridade hierárquico normativa da Lei Fundamental brasileira. Doutrina. Novo entendimento derivado da revisão, pelo Supremo Tribunal Federal, de sua jurisprudência em tema de extradição passiva¹¹⁹.

Com o julgamento da Extradicação 855, pode-se afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro passou a considerar a pena de prisão perpétua incompatível com o artigo 5º, inciso XLVII, alínea “b”, da Constituição, a partir de uma interpretação que amplia o âmbito de incidência da garantia constitucional da vedação de penas de caráter perpétuo a pessoas sob processo de extradição. Todavia, a meu ver, como esse entendimento, que é o atualmente adotado pelo Supremo¹²⁰, foi firmado em casos de pedidos de extradição, e não de pedidos de entrega¹²¹, a conclusão de que a jurisprudência do STF esteja no sentido da incompatibilidade da pena de prisão perpétua prevista no Estatuto do Tribunal Penal Internacional com o ordenamento jurídico brasileiro, é equivocada ou ao menos precipitada. Ainda não há, portanto, um posicionamento jurisprudencial do STF a respeito da compatibilidade do artigo 77 (1) (b) do Estatuto de Roma com a Constituição.

¹¹⁸ Nesse sentido manifestou-se a Procuradoria-Geral da República na Pet. n. 4.625. BRASIL. Ministério Público Federal. BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. Parecer n. 5.690 – PGR. Roberto Gurgel.

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação 855/Chile. Tribunal Pleno. Requerente: Governo do Chile. Extraditando: Mauricio Fernandez Norambuena. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ de 1º de setembro de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Ext%24%2ESCLA%2E+E+855%2E+NUME%2E%29+OU+%28Ext%2EACMS%2E+ADJ2+855%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/art7r7w>. Acesso em: 30 abr 2014.

¹²⁰ Nesse sentido: Ext 1.321, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 22/4/2014; Ext 1.306, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 2/12/2013; Ext 1.278, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ 4/10/2012; Ext 1.250, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ 24/9/2012; Ext 1.188, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ 28/11/2011. Ext 1.151, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe de 19/5/2011.

¹²¹ Sobre a distinção entre os institutos da entrega e da extradição confira a decisão do Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal na Pet. 4.625. DJ 04/08/2009.

2.4. Princípio da legalidade

O princípio da legalidade é uma exigência da segurança jurídica e serve como garantia contra o abuso e a arbitrariedade. No sistema penal brasileiro, é tido como um dogma inafastável e como uma garantia do acusado. Tem previsão no artigo 5º, inciso XXXIV, da Constituição, que estabelece que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (*lex previa*). O inciso XLVI do mesmo dispositivo constitucional determina, também, que as penas deverão ser individualizadas por lei (*lex scripta, stricta e certa*)¹²². Serve para evitar punições arbitrárias, não decorrentes de lei ou baseadas em normas imprecisas ou retroativas.

O Estatuto de Roma, por sua vez, embora contemple o princípio da legalidade nos artigos 22 e 24, parece deixar de atendê-lo em alguns aspectos. Fala-se, então, na sua incompatibilidade com a Constituição.

Quanto ao princípio da anterioridade, que exige que a lei esteja em vigor no momento da prática da infração penal, não há qualquer impasse no Estatuto de Roma. O artigo 11 do tratado estabelece a jurisdição temporal do Tribunal Penal Internacional tão-somente sobre os crimes cometidos após sua entrada em vigor, ou seja, após 1º de julho de 2002. No mesmo sentido, o artigo 24 (1) fala da irretroatividade *ratione personae*¹²³. Não é cabível, assim, eventual alegação de que se trata de um tribunal de exceção.

Outra questão que se coloca é a tipificação penal apresentada pelo TPI. A definição dos *core crimes* estabelecida no Estatuto de Roma não tem a pretensão de configurar uma tipificação penal em sentido estrito. Na verdade, serve mais para delimitar a

¹²² Pode, também, ser encontrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, na Terceira Convenção de Genebra e em seus Protocolos Adicionais, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, no Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, na Convenção Americana de Direitos Humanos e na Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos.

¹²³ O parágrafo 2º do artigo 11 estipula, ainda, que, se um Estado se tornar Parte no presente Estatuto após sua entrada em vigor, o Tribunal poderá exercer sua jurisdição unicamente sobre os crimes cometidos após a entrada em vigor do presente Estatuto para tal Estado, a menos que este tenha feito uma declaração, em conformidade com o parágrafo 3º do artigo 12. Ainda, os artigos 22, 23 e 24 do Estatuto dispõem: “Artigo 22. *Nullum crimen sine lege*. 1. Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, nos termos do presente Estatuto, a menos que a sua conduta constitua, no momento em que tiver lugar, um crime da competência do Tribunal. 2. A previsão de um crime será estabelecida de forma precisa e não será permitido o recurso à analogia. Em caso de ambiguidade, será interpretada a favor da pessoa objeto de inquérito, acusada ou condenada. 3. O disposto no presente artigo em nada afetará a tipificação de uma conduta como crime nos termos do direito internacional, independentemente do presente Estatuto. Artigo 23. *Nulla poena sine lege*. Qualquer pessoa condenada pelo Tribunal só poderá ser punida em conformidade com as disposições do presente Estatuto. Artigo 24. Não retroatividade *ratione personae*. 1. Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, de acordo com o presente Estatuto, por uma conduta anterior à entrada em vigor do presente Estatuto. 2. Se o direito aplicável a um caso for modificado antes de proferida sentença definitiva, aplicar-se-á o direito mais favorável à pessoa objeto de inquérito, acusada ou condenada.” BRASIL. Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002.

competência material do Tribunal que para estabelecer “novos” tipos penais. Tanto é assim que o artigo 22 (3) determina que a tipificação de uma conduta como crime sob a ótica do direito internacional não será limitada pelas regras do Estatuto. O que decorre, aliás, da própria natureza consuetudinária do Direito Internacional Penal.

No direito interno, considerando a adoção do sistema *Civil Law* e a existência de um poder central, dotado de mecanismos de coerção e persecução, é possível, e até mesmo necessário, exigir-se um grau maior de certeza e taxatividade quanto à determinação dos tipos penais. O princípio da legalidade é aplicado, portanto, de forma estrita. No âmbito do direito internacional, por seu turno, como afirma M. Cherif Bassiouni, é indubitável que o princípio da legalidade é aplicado, mas não é possível determinar o grau de especificidade ou taxatividade que o princípio requer quando se trata de normas internacionais¹²⁴. A dispersão das forças que atuam no plano internacional e a natureza consuetudinária do direito internacional dificultam a implementação de um sistema penal pautado na aplicação absoluta do princípio da legalidade.

Destarte, na análise das eventuais incompatibilidades entre o TPI e a Constituição é necessário ter sempre em mente que “o direito penal internacional representa algo diverso do direito penal, já que a problemática inerente à dinâmica das relações internacionais faz com que os institutos de direito penal cedam às exigências contingenciais”¹²⁵. Disso resulta uma heterogeneidade das fontes que impede o respeito absoluto aos componentes da legalidade, como a reserva de lei, a determinação e a taxatividade dos tipos penais.

De todo modo, é possível defender que a exigência de tipificação legal dos crimes está atendida nos artigos 6º a 8º do Estatuto, que trazem as definições dos crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra¹²⁶.

A discussão a respeito do princípio da legalidade também existe porque o Estatuto de Roma não apresenta uma cominação individualizada das penas. Embora o artigo 23 trate do *nulla poena sine lege*, o artigo 77 se limita a elencar as penas que serão aplicadas pelo

¹²⁴ BASSIOUNI, M. Cherif. **Crimes against humanity in international criminal Law**. Haia: Kluwer, 1999. BASSIOUNI, M. Cherif. **Introduction to International Criminal Law**. Nova Iorque: Transnational Publishers, 2003. BASSIOUNI, M. Cherif. **Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale: un quadro teorico**. Milão: Giuffrè, 1999.

¹²⁵ MOCCIA, Sergio. O Tribunal Penal Internacional: os perfis da legalidade. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Editora Revista dos Tribunais, n. 47, p. 203-232, mar./abr. 2004.

¹²⁶ As discussões travadas ao longo desta dissertação têm como fundamento apenas os chamados *core crimes*, que são os crimes cuja persecução penal visou a criação do TPI: crimes contra a humanidade, crimes de guerra, genocídio e agressão. O Estatuto, contudo, não se restringe a esse denominado núcleo rígido. Há previsão, no artigo 70, da competência do TPI também para julgar os crimes contra a administração da justiça. A limitação de objeto, contudo, foi realizada por se tratarem os crimes contra a administração da justiça acessórios em relação àqueles que, de fato, são os crimes objeto do Direito Internacional Penal, sobretudo do TPI.

Tribunal de forma genérica, sem realizar a cominação específica para cada tipo penal. Diante disso, argumenta-se que as regras estatutárias não conferem o padrão de certeza e de restrição da pena exigido pelo sistema penal brasileiro, como decorrência do princípio da individualização da pena¹²⁷.

Contudo, para que seja assegurada a individualização da pena, não é necessário que a cominação legal da reprimenda seja da forma como se realiza no Brasil. A técnica legislativa adotada foi a da cominação da sanção penal em um dispositivo esparso, que, embora diverso da norma que descreve cada conduta típica no âmbito do TPI, está contido no texto do Estatuto de Roma. Assim, o fato de a pena não estar prevista no preceito secundário da norma penal que define o crime, e de não ser fixada uma pena mínima para cada delito¹²⁸, não implica dizer que a pena não tenha prévia cominação legal.

A técnica adotada justifica-se até mesmo pelas inúmeras divergências entre as legislações dos Estados participantes. De maneira realista, não se poderia esperar que, diante das diferentes técnicas legislativas e opções de política criminal entre os pactuantes, houvesse uma cominação de pena para cada um dos tipos previstos no Estatuto de Roma¹²⁹. Ademais, no que se refere ao Direito Internacional Penal, não é fundamental o indivíduo saber antecipadamente a pena, pois, diante de crimes tão graves, bastava sabê-los previstos para se esperar pena de extrema severidade¹³⁰.

O Ministério Público Federal, na manifestação ofertada na Pet. n. 4.625, levantou também como argumento para afastar a inconstitucionalidade do Estatuto por suposta violação do princípio da legalidade, o princípio da complementariedade. Segundo a

¹²⁷ Eneida Taquary afirma que “a individualização da pena foi rompida pelo Estatuto de Roma, pois em especial no século XXI, não se admitem normas penais incriminadoras arbitrárias, que não trazem a vinculação do preceito primário ao secundário, isto é, a vinculação da conduta realizada, consciente e voluntariamente, e a punição a ser aplicada pela conduta descrita realizada”. TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. **Tribunal Penal Internacional & a Emenda Constitucional 45/04 (Sistema Normativo Brasileiro)**. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 276. Luiz Luisi e Raquel Scalcon também defendem a inconstitucionalidade do Estatuto por violação ao princípio da legalidade. LUISI, Luiz. Notas sobre o Estatuto do Tribunal Penal Internacional. In: **Estudos jurídicos em homenagem ao professor João Marcello de Araujo Junior**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 369. SCALCON, Raquel Lima. Tribunal Penal Internacional: dos impasses entre tradições aos conflitos com a Constituição Brasileira. In: **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano 3, n. 3, p. 2.237-2.270, p. 2.260, 2014.

¹²⁸ A esse respeito, Luciana Boitex afirma que “o fato de não ter sido prevista pena mínima para os delitos tampouco constitui um problema no Brasil, que utiliza esta estratégia legislativa, por exemplo, no Código Eleitoral (Lei brasileira n. 4.737/65), razão pela qual se conclui pela legitimidade do sistema previsto no ETPI”. BOITEX, Luciana. Os princípios penais do Estatuto Tribunal Penal Internacional à luz do Direito Brasileiro. In: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (coord.). **Direito Penal Internacional – estrangeiro e comparado**. Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2007, p. 91-114, p. 99.

¹²⁹ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O Tribunal Penal Internacional – a internacionalização do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 208-209.

¹³⁰ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O Tribunal Penal Internacional – a internacionalização do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.157.

Procuradoria-Geral da República, o Tribunal Penal Internacional só atuará no caso de jurisdição falha ou omissa por parte do Estado e, como no Brasil os Projetos de Lei n. 301/2007 e 4.038/2008 já apresentam a definição legal dos crimes de genocídio, contra a humanidade e de guerra e as penas mínima e máxima para cada delito¹³¹, não há falar em inconstitucionalidade¹³². Argumenta, ainda, que, considerando que o ato de tipificação penal, no entendimento do Supremo Tribunal Federal (Ext. 633. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 6.4.2001), impõe o dever de identificar, com clareza e precisão, os elementos definidores da conduta delituosa e que o Estatuto de Roma previu seus elementos essenciais, quais sejam, a tipificação legal e as penas máximas eventualmente impostas ao condenado, não se vislumbra inconstitucionalidade material no texto do Tratado¹³³.

Diante das peculiaridades do sistema penal internacional, não há, portanto, violação ao princípio da legalidade capaz de levar à incompatibilidade entre a Constituição e o Estatuto de Roma.

2.4.1. Tipificação dos crimes previstos no Estatuto de Roma pelo ordenamento jurídico brasileiro

Ainda em relação ao princípio da legalidade, outro tema discutível é a necessidade de a legislação brasileira também tipificar os crimes descritos no Estatuto de Roma.

A questão pode ser vista como um desdobramento da falta de universalidade de vários tratados de direitos humanos, da falta em muitos países, inclusive no Brasil¹³⁴, de

¹³¹ Com arrimo no artigo 75 do Código Penal, fixou-se como pena máxima a reclusão por 30 (trinta) anos para os delitos de genocídio, contra a humanidade e utilização indevida de insígnias ou emblemas distintivos, permitindo-se para os dois primeiros um aumento de um a dois terços da pena quando o crime for cometido por autoridade ou agente público ou mediante concurso de pessoas.

¹³² A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia), em sentença de 24 de novembro de 2010, responsabilizou o Brasil a tipificar o crime de desaparecimento forçado de pessoas, entre outras medidas. O parágrafo 287 da sentença da Corte IDH instou o Brasil a seguir com a tramitação dos Projetos de Lei mencionados (301/2007 e 4.038/2008) e ratificar a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas. No parágrafo 285, a Corte IDH afirmou que os projetos de lei não atendem por completo ao padrão interamericano porque correspondem à definição de crime contra humanidade posta no Estatuto de Roma, ou seja, de atos sistemáticos ou generalizados cometidos como parte de um ataque contra a população civil. Diferentemente, segundo a Corte IDH, a adequada tipificação deve incluir: a) a eliminação de instituições jurídicas como a anistia e a prescrição; b) a eliminação da competência da justiça militar; c) a investigação da totalidade das condutas das pessoas implicadas, e d) a determinação das sanções proporcionais à gravidade do crime.

¹³³ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. Parecer n. 5.690 – PGR. Roberto Gurgel.

¹³⁴ Sobre o tema, destacam-se a decepcionante regulamentação no direito interno brasileiro do crime de tortura, a denúncia pelo Brasil da Convenção n. 158 da OIT, sobre garantia no emprego, e a criticável Emenda Constitucional n. 45/2004. CANÇADO TRINDADE. Antônio Augusto. Memorial em Prol de uma Nova Mentalidade quanto à Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Internacional e Nacional. In: **51 Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**, p. 90-91, 1998.

aplicabilidade direta da normativa destes últimos no direito interno dos Estados partes e de mecanismos permanentes de execução das sentenças de tribunais internacionais de direitos humanos, das insuficiências das medidas de prevenção e de seguimento, das insuficiências da compatibilização das normas de direito interno com os tratados de direitos humanos, da persistência preocupante da impunidade e da alocação manifestamente inadequada de recursos humanos e materiais aos órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos¹³⁵.

Esse o contexto, no ordenamento pátrio, a repressão de crimes internacionais encontra-se limitada quase que exclusivamente ao crime de genocídio, previsto na Lei n. 2.889/56 e nos artigos 208, 401 e 402 do Código Penal Militar, e ao crime de tortura, previsto na Lei n. 9.455/97. Ressalte-se, todavia, que, embora os crimes elencados no Estatuto se assemelhem a essas figuras criminais já contempladas no ordenamento pátrio, delas se distinguem na medida em que pressupõem condições e contexto especiais para sua caracterização.

Além disso, o Brasil ratificou as Convenções de Genebra de 1949, que estabelecem a ilicitude dos crimes de guerra, e manifestou adesão a outros tratados internacionais que se referem a tais crimes.

O Estatuto de Roma, ao prever o princípio da complementariedade, dispõe que a jurisdição do TPI terá lugar somente quando faltar aos Estados capacidade ou vontade de perseguir e punir penalmente os criminosos. Ocorre que, segundo Adriano Japiassú, essa ausência de capacidade pode ser traduzida em ausência de normatividade adequada para a punição dos crimes internacionais¹³⁶. Dessa forma, pode-se afirmar que o Estado parte que não criminaliza tais condutas internamente está obrigado de fato a adaptar sua legislação nacional ao Estatuto, pois é impossível a punição de condutas criminosas previstas somente em tratados internacionais, mas não em lei interna.

Tramita no Congresso Nacional projetos de lei para implementação do Estatuto de Roma no ordenamento jurídico brasileiro. Destaco aqui, o projeto a cargo do Grupo de

¹³⁵ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos nos Início do Século XXI. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). **Desafios do direito internacional contemporâneo**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007, p. 207-321, p. 209. Também sobre o tema, cf., e.g., CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. The Future of the International Protection of Human Rights. In: **B. Boutros-Ghali Amicorum Discipulorumque Liber - Paix, Développement, Démocratie**, Bruxelles, Bruylant, v. 2, p. 961-986, 1998; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A Emancipação do Ser Humano como Sujeito do Direito Internacional e os Limites da Razão de Estado. In: **6/7 Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro**, p. 425-434, 1998-1999.

¹³⁶ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O Tribunal Penal Internacional – a internacionalização do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 208-209.

Trabalho instalado pelo Ministério da Justiça, que traz, dentre outros, a tipificação dos delitos a serem julgados pelo TPI e a cominação das respectivas penas¹³⁷.

É indubitável que a promulgação dessa lei permitirá o cumprimento dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Entendo, todavia, que a criação dos tipos penais definidos no Estatuto de Roma, por meio da referida lei, não é imprescindível, uma vez que a falta de tipificação no ordenamento jurídico brasileiro não configura obstáculo ao exercício da jurisdição primária pelo Brasil em relação a esses crimes. Com efeito, tendo sido o Estatuto de Roma ratificado pelo Brasil, os dispositivos nele constantes devem ser vistos como regras incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio.

O próprio projeto de lei mencionado acaba por trazer essa ideia, ao dispor em suas justificativas o seguinte:

(...) a revisão e adaptação da legislação brasileira nessa matéria não é uma condição de vigência do Estatuto de Roma no Brasil ou do decreto que o publicou, ao contrário do que por vezes se tem propalado, e sim uma medida a ser adotada no interesse do próprio País, de eliminar lacunas que poderiam atrair a jurisdição do TPI para questões que podem e devem ser julgadas por nossos juízes e tribunais¹³⁸.

Ademais, o argumento pode ser inferido da decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 70.389, referente ao crime de tortura contra criança ou adolescente. Na ocasião, o ministro Carlos Veloso ressaltou que a definição de tortura está contida na Convenção das Nações Unidas contra tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, aprovada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, de 1984, aprovada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo n. 4, de 1989, e incorporada ao Direito Positivo Brasileiro pelo Decreto n. 40, de 1991. Nessa esteira, defendeu o ministro que o que está posto em tratados internacionais ratificados pelo Brasil deve ser tido como direito interno, ao dizer que “está no direito positivo brasileiro a definição de tortura. Não sei como seria possível, em nome de um formalismo excessivo, ou um apego excessivo à letra fria da lei, exigir mais do que está posto na Convenção, que é direito interno”¹³⁹.

¹³⁷ Projeto de lei publicado na obra: LORANDI, Adriana (coord.). **Tribunal Penal Internacional: implementação do Estatuto de Roma no Brasil**. Brasília, Ministério Público Militar, 2007. O projeto foi recebido, em 2006, pelo Secretário Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, Paulo Vannuchi. O documento prevê a adaptação da legislação brasileira para viabilizar a internalização do que a instância internacional determina. Foi elaborado por um grupo de trabalho integrado pelos Ministérios Públicos Federal e Militar, Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, Itamaraty, AGU, Casa Civil e especialistas convidados e coordenado pela então Vice-Procuradora-Geral Militar, Adriana Lorandi.

¹³⁸ LORANDI, Adriana (coord.). **Tribunal Penal Internacional: implementação do Estatuto de Roma no Brasil**. Brasília, Ministério Público Militar, 2007, p. 27-28.

¹³⁹ STF: “EMENTA. [...] NECESSIDADE DE REPRESSÃO À TORTURA - CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. - O Brasil, ao tipificar o crime de tortura contra crianças ou adolescentes, revelou-se fiel aos compromissos que assumiu na ordem internacional, especialmente àqueles decorrentes da Convenção de Nova York sobre os Direitos da Criança (1990), da Convenção contra a Tortura adotada pela Assembleia Geral

2.4.2. A tipificação do crime de agressão

Uma das maiores dificuldades enfrentadas pelas delegações em Roma, no momento da feitura do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, foi a definição dos crimes que estariam sujeitos à sua jurisdição¹⁴⁰. Não obstante, o Estatuto buscou acompanhar a evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário para chegar aos denominados *core crimes*: genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e agressão.

A tipificação do crime de genocídio não gerou maiores problemas, haja vista a prévia existência de convenção internacional dedicada à matéria. A sua conceituação pelo Estatuto de Roma acabou seguindo a do artigo 2º da Convenção sobre Genocídio e, ao final, ficou definido, no artigo 6º, o que, para os efeitos do Estatuto de Roma TPI, entende-se por genocídio¹⁴¹.

A inclusão dos crimes contra a humanidade foi uníssona entre as delegações. A construção da figura típica desses crimes, por sua vez, foi bastante debatida. Apesar de já previstos em alguns documentos internacionais, não existia uma convenção internacional especificamente sobre os crimes contra a humanidade, tal qual ocorria com o crime de

da ONU (1984), da Convenção Interamericana contra a Tortura concluída em Cartagena (1985) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), formulada no âmbito da OEA (1969). Mais do que isso, o legislador brasileiro, ao conferir expressão típica a essa modalidade de infração delituosa, deu aplicação efetiva ao texto da Constituição Federal que impõe ao Poder Público a obrigação de proteger os menores contra toda a forma de violência, crueldade e opressão (art. 227, *caput, in fine*) [...].” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 70.389/SP. Tribunal Pleno. Impetrante: Tania Lis Tizzoni Nogueira. Pacientes: Herbert Fernando de Carvalho e outro. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Sidney Sanches. Relator para o acórdão: Ministro Celso de Mello. DJ de 10 de outubro de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+70389%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+70389%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>. Acesso em: 22 nov 2012.

¹⁴⁰ Nadya Sadat e Richard Carden enumeram os fatores que geraram essa dificuldade: “*the political agendas of States and the NGO community; the lack of a set of neutral legal principles to guide the ‘codification’ process, which in no way represented codification in the civil law sense; the difficult task of working with some crimes, such as crimes against humanity, not yet precisely defined in international law; a lack of technical expertise being applied to the problem, particularly on the part of countries who were unable to afford large delegations that included legal counsel; and the need to work with great speed in several languages at once*”. SADAT, Leila Nadya e CARDEN, S. Richard. *The New International Criminal Court: An Uneasy Revolution*. In: **88 Georgetown Law Journal**, 381, mar. 2000.

¹⁴¹ São quaisquer dos atos a seguir enumerados, praticados com a intenção de destruir (física ou culturalmente), no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal, a saber: a) homicídio de membros do grupo; b) ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo; c) sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial; d) imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo; e e) transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo.

genocídio, mas uma disparidade de definições¹⁴². Apesar das dificuldades em se estabelecer seus elementos constitutivos, os crimes contra a humanidade foram definidos no artigo 7º (1) do Estatuto de Roma¹⁴³. O conceito adotado diferiu significativamente dos anteriores, embora utilizados como ponto de partida¹⁴⁴.

Quanto aos crimes de guerra também não houve maiores dificuldades na construção do conceito. São tratados no artigo 8º do Estatuto e, de acordo com o seu § 1º, o Tribunal Penal Internacional terá competência para julgar os crimes de guerra, em particular quando cometidos como parte integrante de um plano ou de uma política, ou como parte de uma prática em larga escala desses tipos de crimes. Nos termos do § 2º, são exemplos de crimes de guerra, entre outros, as violações graves às Convenções de Genebra^{145 146}.

¹⁴² Essa disparidade de definições, conforme Nadya Sadat e Richard Carden, decorre de dois fatores: o primeiro, é a dificuldade de se distingui-los dos crime de crimes de guerra e dos crimes previstos na legislação doméstica; o segundo, é determinar quais atos são puníveis sob a lei internacional como uma questão de responsabilidade penal individual, e não de responsabilidade do Estado por violações dos direitos humanos. SADAT, Leila Nadya; CARDEN, S. Richard. *The New International Criminal Court: An Uneasy Revolution*. In: **88 Georgetown Law Journal**, 381, mar., 2000.

¹⁴³ São crimes contra a humanidade quaisquer um dos atos seguintes, quando cometidos no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque: a) homicídio; b) extermínio; c) escravidão; d) deportação ou transferência forçada de uma população; e) prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional; f) tortura; g) agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável; h) perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste mesmo parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal; i) desaparecimento forçado de pessoas; j) crime de apartheid; e ainda k) outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental das pessoas.

¹⁴⁴ Importante aspecto distintivo da definição estatutária é a prescindibilidade, para a configuração do crime contra a humanidade, de conflito armado e de os fatos serem praticados como parte de um ataque baseado em motivos políticos, filosóficos, racial, étnico, religioso ou outros. SADAT, Leila Nadya; CARDEN, S. Richard. *The New International Criminal Court: An Uneasy Revolution*. In: **88 Georgetown Law Journal**, 381, mar., 2000.

¹⁴⁵ a) homicídio doloso; b) tortura ou outros tratamentos desumanos; c) o ato de causar intencionalmente grande sofrimento ou ofensas graves à integridade física ou à saúde; d) destruição ou apropriação de bens em larga escala, quando não justificadas por quaisquer necessidades militares e executadas de forma ilegal e arbitrária; e) o ato de compelir um prisioneiro de guerra ou outra pessoa sob proteção a servir nas forças armadas de uma potência inimiga; f) privação intencional de um prisioneiro de guerra ou de outra pessoa sob proteção do seu direito a um julgamento justo e imparcial; g) deportação ou transferência ilegais, ou a privação ilegal de liberdade; e h) tomada de reféns. Além desses, são exemplos de crimes de guerra, outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no âmbito do Direito Internacional, a exemplo das ações: a) dirigir intencionalmente ataques à população civil em geral ou civis que não participem diretamente nas hostilidades; b) dirigir intencionalmente ataques a bens civis, ou seja, bens que não sejam objetivos militares; c) dirigir intencionalmente ataques ao pessoal, instalações, material, unidades ou veículos que participem numa missão de manutenção da paz ou de assistência humanitária, de acordo com a Carta das Nações Unidas, sempre que estes tenham direito à proteção conferida aos civis ou aos bens civis pelo direito internacional aplicável aos conflitos armados; d) lançar intencionalmente um ataque, sabendo que o mesmo causará perdas acidentais de vidas humanas ou ferimentos na população civil, danos em bens de caráter civil ou prejuízos extensos, duradouros e graves no meio ambiente que se revelem claramente excessivos em relação à vantagem militar global concreta e direta que se previa; e) atacar ou bombardear, por qualquer meio, cidades, vilarejos, habitações ou edifícios que não estejam defendidos e que não sejam objetivos militares; f) matar ou ferir um combatente

O grande problema - e aqui surge outro desafio relacionado ao princípio da legalidade - está no crime de agressão, o “cavalo de Troia” do Tribunal Penal Internacional. A expressão, utilizada por Nadya Sadat e Richard Carden, deve-se à dificuldade enfrentada pelas delegações responsáveis pela elaboração do Estatuto na definição deste crime¹⁴⁷.

O Tribunal de Nuremberg declarou que a agressão não era apenas um crime internacional, mas crime internacional supremo. Após a Segunda Guerra Mundial, a proibição da guerra agressiva foi consagrada no artigo 2 (4) da Carta da ONU, não como uma questão de direito penal, mas como norma fundamental do direito internacional, obrigatória para todos os Estados. O Estatuto de Roma reafirmou essa ideia, mas a inclusão do crime de agressão no rol dos *core crimes*, mesmo sem a sua tipificação, ameaçou inviabilizar todo o processo, diante de tantas controvérsias sobre o tema.

O óbice de se enumerar os elementos do crime de agressão decorre da imprecisão de um conceito deste crime suficientemente abrangente para servir como elemento constitutivo do tipo penal e para, conseqüentemente, fundamentar a responsabilidade penal internacional dos indivíduos por sua prática¹⁴⁸. Para a sua tipificação jurídica criou-se, portanto, uma Comissão Preparatória do Tribunal Penal Internacional, que chegou a um “consenso” sobre a sua definição em 11 de junho de 2010, na Conferência de Kampala. Na ocasião, o que se firmou, na verdade, foi que, enquanto não alcançado um conceito, caberia ao Conselho de Segurança da ONU a responsabilidade primária de decidir se uma invasão ou ataque contra outro Estado constituiria ou não crime de agressão. Assim, o Procurador só poderá proceder à investigação acerca da ocorrência do fato, se o Conselho de Segurança determinar estar caracterizada a agressão. Por fim, estabeleceu-se que a definição do crime de agressão viria do artigo 8 (1) (2) do acordo de emenda de Estatuto¹⁴⁹. Ressalte-se, todavia,

que tenha depositeo armas ou que, não tendo mais meios para se defender, se tenha incondicionalmente rendido; g) submeter pessoas que se encontrem sob o domínio de uma parte beligerante a mutilações físicas ou qualquer tipo de experiências médicas ou científicas que não sejam motivadas por um tratamento médico, dentário ou hospitalar, nem sejam efetuadas no interesse dessas pessoas, e que causem a morte ou coloquem seriamente em perigo a saúde; h) matar ou ferir à traição pessoas pertencentes à nação ou ao exército inimigo etc.

¹⁴⁶ De acordo com Japiassú, importante regra do Estatuto de Roma referente aos crimes de guerra é aquela que inclui no rol desses tipos penais os conflitos armados não internacionais, que são a maioria dos conflitos existentes na atualidade, a exemplo daqueles ocorridos na ex-Iugoslávia e em Ruanda. Nesses casos, as violações de direitos humanos não foram causadas pela ação de inimigos externos, mas pela atuação violenta e arbitrária do próprio Estado. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O direito penal internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

¹⁴⁷ SADAT, Leila Nadya; CARDEN, S. Richard. The New International Criminal Court: An Uneasy Revolution. In: **88 Georgetown Law Journal**, 381, mar., 2000.

¹⁴⁸ MAZUOLLI, Valério de Oliveira. Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2011.

¹⁴⁹ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Review Conference of the Rome Statute of the International Criminal Court. Kampala, p. 1-9, 31 may.-11 jun. 2010. Disponível em: http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP9/OR/RC-11-ENG.pdf. Acesso em: 20 mai 2014. Para um estudo sobre o crime de

que o acordo não entrará em vigor até a data prevista para sua aprovação oficial, em janeiro de 2017. Isto é, o crime de agressão não estará efetivamente no Estatuto antes de 2017, de forma que persiste o vazio jurídico.

Internamente, não há qualquer conceituação dos elementos do crime de agressão. Nem mesmo os citados projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional apresentam os elementos para a sua tipificação¹⁵⁰. Forçoso, portanto, concluir que a lacuna estatutária viola, *a priori*, o princípio da reserva de lei (*nullum crimen sine lege*), corolário do princípio legalidade que condiciona a existência jurídica do crime a lei prévia que o tipifique. Apesar disso, não há um impasse real ao cumprimento do Estatuto de Roma pelo Brasil, uma vez que o tratado é expresso ao afirmar o princípio da anterioridade. Ou seja, o problema encontrado pelas delegações foi resolvido ao disciplinar-se, no artigo 5 (2), que o crime de agressão somente poderá ser punido quando for definido, mediante aprovação por dois terços dos votos da Assembleia dos Estados partes. Ademais, na Convenção de Kampala ficou estabelecido que qualquer Estado parte poderá, unilateralmente, retirar-se da jurisdição relativa a este crime.

Pela interpretação conjunta das disposições estatutárias e pelo que decidido em Kampala é possível, então, assegurar que a lacuna referente ao crime de agressão, por hora, não é suficiente para gerar vício de inconstitucionalidade do Estatuto de Roma.

2.5. Imprescritibilidade dos crimes previstos no Estatuto de Roma

O artigo 29 do Estatuto de Roma prevê que “os crimes da competência do Tribunal não prescrevem”¹⁵¹. A Constituição, por sua vez, afirma serem imprescritíveis apenas os crimes de racismo (artigo 5º, inciso XLII) e os relativos à ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (artigo 5º, inciso XLIV). Diante disso, é questionada a constitucionalidade do dispositivo estatutário. Afirma-se, por exemplo, que a “imprescritibilidade dos crimes contraria a tendência mundial do

agressão depois da Convenção de Kampala c.f.: BAZAY, Lorena e SALMÓN, Elizabeth. **El crime de agresión después de Kampala: soberanía de los estados y lucha contra la impunidad**. Peru: Instituto de democracia y derechos humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011. Disponível em: http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/publicaciones/el_crimen_de_agresion_despues_de_kampala.pdf. Acesso em 20 mai 2014.

¹⁵⁰ Os projetos de lei dispõem apenas sobre o crime de genocídio, definem os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, instituem normas processuais específicas, dispõem sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional, e dão outras providências. Não fazem, contudo, qualquer referência ao crime de agressão.

¹⁵¹ BRASIL. Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002.

Direito Penal, no sentido de mínima intervenção”¹⁵². Ainda, que a prescrição é uma garantia inafastável do acusado de que será processado e julgado em determinado lapso de tempo. Logo, a ação supletiva do Tribunal Penal Internacional pode enfrentar dificuldade na apuração e comprovação dos fatos, além de violar a segurança jurídica e a legítima expectativa do acusado que não se viu processado em período razoável de tempo suficiente para a exclusão do *jus puniendi* estatal.

Num primeiro momento, convém lembrar, contudo, que a jurisdição do Tribunal Penal Internacional limita-se aos crimes mais graves que preocupam a comunidade internacional em seu conjunto¹⁵³, quais sejam: crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra e de agressão. O Estatuto de Roma, ao estabelecer os limites jurisdicionais do Tribunal Penal Internacional e a precedência daqueles delitos sobre outros, em razão de sua gravidade, afastou a noção de soberania nacional absoluta, passando a admitir intervenções nas ordens internas dos países signatários (que têm a jurisdição primária em relação aos crimes ali estabelecidos) em prol de direitos humanos conclamados universais¹⁵⁴. Relevou-se, assim, a ideia de Estado absolutamente soberano para perseguir-se outro paradigma, o da primazia da humanidade.

Como afirma John Rawls, os direitos humanos fazem parte de uma categoria especial de direitos, diversos dos direitos constitucionais e dos da cidadania democrática e de outros tipos de direitos mais concretos. Sua função é estabelecer limites à soberania dos Estados e às instituições internas de cada país e, desta forma, seu respeito é a condição necessária da legitimidade de um regime político e da decência de sua ordem legal¹⁵⁵. Assim, o Estatuto de Roma, como instrumento internacional, além soberania estatal, optou, deliberadamente e sob o paradigma da primazia da humanidade, pela imprescritibilidade dos crimes arrolados em seu artigo 5º, exatamente em decorrência da gravidade e repulsividade das ofensas¹⁵⁶ e da provável dificuldade de realização da persecução penal, dados os cargos e

¹⁵² TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. **Tribunal Penal Internacional & a Emenda Constitucional 45/04 (Sistema Normativo Brasileiro)**. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 162.

¹⁵³ A afirmação está explícita no artigo 5º, *caput*, do Estatuto de Roma: “A jurisdição do Tribunal se limitará aos crimes mais graves que preocupam a comunidade internacional em seu conjunto. O Tribunal terá jurisdição, em conformidade com o presente Estatuto, sobre os seguintes crimes: [...]”. BRASIL. Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002.

¹⁵⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 126-127.

¹⁵⁵ RAWLS, John. The Law of People. In: **Critical Inquiry**, vol. 20, nº. 1, p. 36-68, p. 56-64, 1993.

¹⁵⁶ Sobre o ponto, vale lembrar que, no julgamento histórico do Habeas Corpus n. 82.424/RS, em que reconhecida a imprescritibilidade do crime de racismo, praticado mediante publicação de livro anti-semitista, o Supremo Tribunal Federal assentou que a imprescritibilidade imposta ao crime de racismo pela Constituição Federal de 1988 baseou-se na gravidade e repulsividade da ofensa, para que ficasse, *ad perpetuam rei memoriam*, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. Outrossim, entende a Corte que

funções geralmente ocupados pelos perpetradores no âmbito interno de seus respectivos Estados.

Não se pretende com isso negar o importante papel da prescrição, como garantia individual que decorre da segurança exigida pelo sistema jurídico nacional e impede que o Estado ou a vítima, quando for o caso, promovam a persecução penal quando bem entenderem. Pretende-se, sim, afastar eventual afirmação, baseada na visão assecuratória da prescrição, de que a ausência de previsão, no direito interno brasileiro, da imprescritibilidade do genocídio, dos crimes de guerra, de lesa-humanidade e de agressão impede a sua providência por tratado internacional. Na verdade, impende esclarecer que o rol dos crimes imprescritíveis da Carta Magna sequer é taxativo. E, como dito anteriormente, os crimes previstos no Estatuto de Roma sequer estão formalmente na legislação (em sentido estrito) interna brasileira. Não haveria, portanto, como exigir dispositivo constitucional prevendo a sua imprescritibilidade.

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar recurso extraordinário referente à interpretação do artigo 366 do Código de Processo Penal¹⁵⁷, assentou que “a Constituição Federal se limita, no art. 5º, XLII e XLIV, a excluir os crimes que enumera da incidência material das regras da prescrição, sem proibir, em tese, que a legislação ordinária criasse outras hipóteses”¹⁵⁸. A adoção de novas hipóteses de crimes não sujeitos à prescrição não

“existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento” e que, no Estado Democrático de Direito, devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.424/RS. Tribunal Pleno. Impetrante: Werner Cantalício e João Becker. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Moreira Alves. Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. DJ de 19 de março de 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 4 mai 2014.

¹⁵⁷ “Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.” BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941.

¹⁵⁸ “EMENTA: I. Controle incidente de inconstitucionalidade: reserva de plenário (CF, art. 97). ‘Interpretação que restringe a aplicação de uma norma a alguns casos, mantendo-a com relação a outros, não se identifica com a declaração de inconstitucionalidade da norma que é a que se refere o art. 97 da Constituição.’ (cf. RE 184.093, Moreira Alves, DJ 05.09.97). II. Citação por edital e revelia: suspensão do processo e do curso do prazo prescricional, por tempo indeterminado - C. Pr. Penal, art. 366, com a redação da L. 9.271/96. 1. Conforme assentou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ext. 1042, 19.12.06, Pertence, a Constituição Federal não proíbe a suspensão da prescrição, por prazo indeterminado, na hipótese do art. 366 do C. Pr. Penal. 2. A indeterminação do prazo da suspensão não constitui, a rigor, hipótese de imprescritibilidade: não impede a retomada do curso da prescrição, apenas a condiciona a um evento futuro e incerto, situação substancialmente diversa da imprescritibilidade. 3. Ademais, a Constituição Federal se limita, no art. 5º, XLII e XLIV, a excluir os crimes que enumera da incidência material das regras da prescrição, sem proibir, em tese, que a legislação ordinária criasse outras hipóteses. 4. Não cabe, nem mesmo sujeitar o período de suspensão de que trata o art. 366 do C. Pr. Penal ao tempo da prescrição em abstrato, pois, ‘do contrário, o que se teria, nessa hipótese, seria uma causa de interrupção, e não de suspensão.’ 5. RE provido, para excluir o limite temporal imposto à suspensão do curso da prescrição.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 460.971/RS.

padece do vício da inconstitucionalidade, preservando-se os direitos fundamentais individuais, pois tanto a previsão de prescribibilidade favorece o autor do delito, como a de imprescritibilidade beneficia a vítima e a própria sociedade. Assim, se a legislação ordinária, desde que o intuito seja a proteção e garantia de direitos humanos, pode criar outros casos de imprescritibilidade, o Estatuto de Roma, ratificado e promulgado pelo Brasil, também está autorizado a fazê-lo.

Além disso, há quem defenda que, mesmo que a prescrição dos crimes elencados no Estatuto de Roma fosse prevista no ordenamento jurídico interno, o Tribunal Penal Internacional poderia julgá-los, desconsiderando eventual escoamento do prazo prescricional, uma vez que, nos termos do artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969), um Estado não pode invocar as disposições de sua legislação para justificar o descumprimento de uma regra internacional¹⁵⁹.

De qualquer forma, convém ressaltar que a prescrição é uma regra relacionada ao exercício da jurisdição e o transcurso dos prazos prescricionais consiste, em última análise, em uma consequência da inércia dos órgãos responsáveis pela persecução penal. Partindo-se dessa premissa, na hipótese de o Brasil insistir em reconhecer a extinção da punibilidade pela prescrição, o TPI poderá julgar novamente o indivíduo, sem com isso incorrer em *bis in idem*, pois permitir o escoamento do lapso prescricional configura situação de processo conduzido de uma maneira que, no caso concreto, revela-se incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça, nos moldes do já citado artigo 20 (3) (a) (b) do Estatuto de Roma.

Além disso, a fim de adequar a legislação interna aos ditames estabelecidos no Estatuto de Roma, o Projeto de Lei n. 4.038/2008 determina em seus artigos 10 e 11:

Extinção da punibilidade

Artigo 10. Extingue-se a punibilidade dos crimes de genocídio, contra a humanidade e de guerra apenas pela morte do agente.

Imprescritibilidade e insuscetibilidade de anistia, graça, indulto, comutação ou liberdade provisória

Artigo 11. Os crimes de genocídio, contra a humanidade e de guerra são imprescritíveis e insuscetíveis de anistia, graça, indulto, comutação ou liberdade provisória, com ou sem fiança.¹⁶⁰

Por fim, não se pode perder de vista que o Tribunal Penal Internacional foi concebido precipuamente sob a ótica do sistema *Common Law*. Neste, o princípio da

Primeira Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Valdemar Brito da Silva. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ de 30 de março de 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416344>. Acesso em: 4 mai 2014.

¹⁵⁹ MALHEIRO, Emerson Penha. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

¹⁶⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 4.038/2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/PL/2008/msg700-080917.htm. Acesso em: 26 jun 2014.

prescrição é pouco ou nada conhecido, de forma que a norma da imprescritibilidade sequer é vista como inovação. Na verdade, nos países de tradição romano-germânica, a imprescritibilidade excepciona a regra geral da prescrição penal e desafia seus fundamentos filosóficos, que estão associados à própria justificação do direito de punir que tem o Estado.

Não há, portanto, como o Brasil se eximir da responsabilidade de cumprir as regras estatutárias que tratam da imprescritibilidade dos crimes sob a jurisdição do Tribunal Penal Internacional sob a alegação de incompatibilidade com a ordem jurídica interna.

2.5.1. O reconhecimento da imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade como obrigação internacional

O Brasil não ratificou formalmente a Convenção das Organizações das Nações Unidas sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, de 1968. O ordenamento jurídico interno tampouco possui lei expressa fixando a imprescritibilidade desses delitos. A Constituição, por outro lado, não proíbe a lei de estipular casos de crimes imprescritíveis. É possível, contudo, afirmar que o princípio geral de direito internacional e o costume internacional, que definem como imprescritíveis os crimes contra a humanidade, incluídos na jurisdição do TPI, são suficientes para que a jurisdição brasileira reconheça tal imprescritibilidade como uma norma a ser aplicada internamente.

O princípio I dos Princípios de Nuremberg, aprovados pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1950, preceitua que “qualquer pessoa que cometa atos que constituam um crime sob as leis internacionais será responsável e por conseguinte sujeita a castigo”¹⁶¹. A partir daí, torna-se possível entender o princípio da imprescritibilidade como diretamente vinculado ao cumprimento do direito internacional, que ordena a persecução penal dos autores dos crimes contra a humanidade, sob uma perspectiva do Direito Internacional Penal e do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Nesse contexto, na Resolução 2.338, de 18 de dezembro de 1967¹⁶², a Assembleia Geral das Nações Unidas observa, em relação à persecução e punição dos crimes de lesa-humanidade, que, em nenhuma das declarações solenes, instrumentos ou convenções para o ajuizamento e o castigo por crimes de guerra e por crimes de lesa-humanidade, foi previsto

¹⁶¹ “Principle I - Any person who commits an act which constitutes a crime under international law is responsible therefor and liable to punishment.” ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direito Internacional. Princípios de Nuremberg. 1950. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_1_1950.pdf. Acesso em: 26 jun 2014.

¹⁶² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral das Nações Unidas. Resolução 2.338, de 18 de dezembro de 1967.

limitação no tempo¹⁶³. Na mesma resolução, é expressamente mencionado o caráter de princípio de direito internacional da imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade. Na ocasião, já se falava de uma futura convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade como medida para afirmar esse princípio no direito internacional e garantir sua aplicação universal.

Assim, antes mesmo de aprovada a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, em 1968, e de sua entrada em vigor, em 1970, a Assembleia Geral das Nações Unidas reconheceu expressamente a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade como princípio de direito internacional.

No mesmo sentido, o Conjunto de Princípios Atualizado para a Proteção e a Promoção dos Direitos Humanos mediante a Luta contra a Impunidade, de 2005, estabeleceu que a prescrição não seria aplicada aos delitos graves segundo o direito internacional que sejam por natureza imprescritíveis. Também a Resolução 60/147 da ONU, de 2005, ao tratar dos Princípios e Diretrizes Básicas sobre o Direito das Vítimas de Violações Expressas das Normas Internacionais de Direito Humano e de Violações Graves do Direito Internacional Humanitário para Interpor Recursos e obter Reparações estabeleceu, no princípio VI, que:

Quando assim o disponha um tratado aplicável ou faça parte de outras obrigações jurídicas internacionais, não prescreverão as violações expressas aos direitos humanos nem as graves violações do direito internacional humanitário que constituem crimes em virtude do direito internacional.¹⁶⁴

Por fim, com a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes de Lesa-humanidade ficou assentado que os crimes contra a humanidade figuram entre os delitos de direito internacional mais graves, cuja persecução e punição não admite, portanto, prescrição. Seguindo essa linha, o artigo 29 do Estatuto de Roma estabeleceu que os crimes de competência do Tribunal Penal Internacional não prescreveriam, sendo tal dispositivo compatível com a ordem jurídica interna e de observância obrigatória pela jurisdição brasileira.

Diante disso, é possível afirmar que a imprescritibilidade das graves violações aos direitos humanos e dos crimes contra a humanidade é um princípio geral de direito internacional e a obrigação de investigar, processar e punir estes crimes gera uma obrigação

¹⁶³ Texto original: “‘Recognizing’ that it is necessary and timely to affirm in international law, through a convention, the principle that there is no period of limitation for war crimes and crimes against humanity, and to secure its universal application.” ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral das Nações Unidas. Resolução 2.338, de 18 de dezembro de 1967.

¹⁶⁴ Texto original: “6. Cuando así se disponga en un tratado aplicable o forme parte de otras obligaciones jurídicas internacionales, no prescribirán las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos ni las violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyan crímenes en virtud del derecho internacional.” ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral das Nações Unidas. Resolução 60/147, de 21 de março de 2006.

erga omnes para os Estados. Assim, a não ratificação da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes de Lesa-humanidade pelo Brasil não o exime de sua obrigação de, por princípios de direito internacional geral, perseguir e punir os crimes de lesa-humanidade cometidos em seu território ou cometidos por seus agentes¹⁶⁵ e de cooperar com o TPI, mesmo nas situações em que configurada a prescrição.

2.5.2. A imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

A prescrição pode ser vista como um obstáculo para o cumprimento das regras do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, tal como já tem sido considerada para a implementação das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Os Estados constantemente declaram que estão impedidos de promover a persecução penal dos perpetradores em razão da prescrição, que, segundo entendem, constitui uma garantia constitucional que não pode ser afastada por decisão de cortes internacionais. Essa não é, todavia, uma atuação compatível com a defesa dos direitos humanos e, exatamente, por isso, vem sendo rechada pela jurisprudência internacional.

Especificamente em relação à Corte Interamericana de Direitos Humanos, cujos fundamentos podem e devem ser adotados nas discussões a respeito da implementação do Estatuto de Roma, a questão foi discutida, dentre outros, no Caso Zambrano Vélez e Outros vs. Equador (2009). Na ocasião, o Estado negou-se a dar cumprimento à decisão da Corte IDH, argumentando o escoamento do prazo prescricional dos crimes, de acordo com a legislação doméstica. A Corte, em contrapartida, enfatizou que a imprescritibilidade da ação penal foi claramente estabelecida, por isso não poderia ser arguida nenhuma lei ou disposição de direito interno para eximir-se da ordem de investigar e, se for o caso, sancionar penalmente os responsáveis pelos crimes¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Nesse sentido, o parecer técnico do Centro Internacional para a Justiça de Transição, solicitado pelo Ministério Público Federal, Procuradoria da República em São Paulo/SP, para instruir o Procedimento n. 1.34.001.008495/2007. Versão original em espanhol disponível em: http://www.prr3.mpf.gov.br/component/option,com_repositorio/Itemid,68/func,startdown/id,1630/. Acesso em: 26 abr 2012. CENTRO INTERNACIONAL PARA A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO. Parecer técnico do Centro Internacional para a Justiça de Transição, solicitado pelo Ministério Público Federal, Procuradoria da República em São Paulo/SP, para instruir o Procedimento n. 1.34.001.008495/2007. Disponível em: http://www.prr3.mpf.gov.br/component/option,com_repositorio/Itemid,68/func,startdown/id,1630/. Acesso em 26 abr 2012.

¹⁶⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de septiembre de 2009, párr. 15.

No Caso Ivcher Bronstein vs. Peru (2010), a Corte assentou que, embora a prescrição seja uma garantia do devido processo, que deve ser observada devidamente pelo julgador em relação a todos os imputados de um delito, a invocação e a sua aplicação são inaceitáveis quando for claramente provado que o transcurso do tempo foi determinado pelas atuações ou omissões processuais dirigidas, com a clara má-fé, ou negligência, a proporcionar ou permitir a impunidade¹⁶⁷. No Caso De la Cruz Flores vs. Peru (2010), defendeu que a garantia da prescrição cede diante dos direitos das vítimas quando se apresentam situações que obstam a obrigação de identificar, julgar e sancionar os responsáveis pelos crimes¹⁶⁸. No caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia (2009), afirmou:

*en ciertas circunstancias el Derecho Internacional considera inadmisibile e inaplicable la prescripción así como las disposiciones de amnistía y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, a fin de mantener vigente en el tiempo el poder punitivo del Estado sobre conductas cuya gravedad hace necesaria su represión para evitar que vuelvan a ser cometidas*¹⁶⁹.

A jurisprudência da Corte IDH é assente, portanto, no sentido de que a prescrição da ação penal é inadmissível e inaplicável quando se trata de graves violações de direitos humanos¹⁷⁰. Não há dúvida de que o escopo do Estatuto de Roma foi exatamente o de evitar a impunidade dos perpetradores das mais graves violações de direitos humanos.

Tudo isso reforça, portanto, a ideia da compatibilização da imprescritibilidade dos crimes previstos no Estatuto de Roma com a ordem jurídica brasileira e, mais que isso, impõe ao País a obrigação de cooperar com o Tribunal Penal Internacional e de adotar, caso seja

¹⁶⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de agosto de 2010, párr. 8.

¹⁶⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso De la Cruz Flores vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 01 de septiembre de 2010, párr. 76. Cita-se, ainda, o caso Trujillo Oroza vs. Bolívia, em que a Corte, após o Tribunal Boliviano ter assentado a prescrição dos crimes, manifestou sobre o acórdão, afirmando que a decisão adotada pela Sala Civil é contrária ao dever do Estado de investigar, identificar e eventualmente sancionar os responsáveis pelos fatos lesivos cometidos em prejuízo da vítima. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Trujillo Oroza vs. Bolívia. Supervisión de Cumplimiento de Sentencias. Resolución de la Presidenta de Corte Interamericana de Derechos Humanos de 12 de agosto de 2009, párr. 48.

¹⁶⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217, párr. 207.

¹⁷⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Albán Cornejo y otros. vs. Ecuador. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171, párr. 111. No mesmo sentido: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párr. 276; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 41; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 112; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Corte IDH. Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 152; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 129.

necessário, medidas para a persecução dos perpetradores, sob pena de se fazer incidir a jurisdição penal complementar ou secundária do Tribunal.

2.6. A validade das anistias internas perante o Tribunal Penal Internacional

A anistia é uma causa de extinção de punibilidade aceita pelo ordenamento jurídico brasileiro, prevista no artigo 107, inciso II, do Código Penal, concedida pela União, nos termos do artigo 21, inciso XVII, da Constituição, e tradicionalmente destinada aos crimes políticos. A sua concessão é ato discricionário do Estado, tendo em vista as circunstâncias que envolvem o crime. O tema já foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, que, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153, sinalizou a constitucionalidade da Lei de Anistia brasileira, Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979.

De acordo com a Suprema Corte, a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política e da transição conciliada de 1979 que há de ser ponderada nas discussões sobre a validade de se estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. Diante disso, concluíram os ministros que, compreendendo a nova ordem não apenas o texto da Constituição de 1988, mas também a norma-origem da anistia de 1979, integrada à nova ordem constitucional, sua constitucionalidade é inquestionável, não se vislumbrando antinomia entre o preceito veiculado pelo § 1º do artigo 4º da Emenda Constitucional 26/85 e a Constituição de 1988. Reconheceram, desse modo, válida a anistia concedida aos autores de crimes políticos ou conexos praticados no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979¹⁷¹.

O Estatuto de Roma, por sua vez, não tem dispositivo expresso, como ocorre com as imunidades, sobre o afastamento das anistias domésticas. Infere-se, contudo, da teleologia do tratado e da própria criação do Tribunal Penal Internacional a impossibilidade de

¹⁷¹ O objetivo, neste momento, não é analisar o acerto ou desacerto da decisão do Supremo, mas apenas sinalizar a existência de demanda judicial, ainda pendente de decisão definitiva, no Judiciário brasileiro, a respeito da constitucionalidade da Lei de Anistia, o que reforça a importância e atualidade do tema. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153/DF. Tribunal Pleno. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Interessados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. DJ de 5 de outubro de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 15 mai 2014. A ação ainda não foi definitivamente julgada e os autos encontram-se conclusos ao Relator desde 28 de junho de 2012. Folha de andamento processual disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2644116>. Acesso em: 15 mai 2014.

reconhecimento da anistia, ainda que utilizada como instrumento para permitir acordos nas situações de conflagração interna.

A questão foi levada ao TPI já na primeira demanda submetida a sua jurisdição, *Prosecutor v. Joseph Kony, Vicent Otti, Okot Odhiambo and Dominic Ongwen*, e ainda pende de apreciação pela Corte¹⁷². O caso trata dos supostos crimes contra a humanidade praticados em Uganda pelo *Lordy's Resistance Army* (LRA), um grupo militar rebelde constituído em 1986 no norte de Uganda, com o objetivo de derrubar o governo ugandês, acusado da prática de injustiças contra a população acholi. O TPI expediu, em outubro de 2005, mandados de prisão dos principais comandantes do LRA, o que acirrou o debate sobre os efeitos dos acordos de paz celebrados entre o governo de Uganda e o grupo LRA. Argumenta-se que a atuação do Tribunal em um conflito ainda não solucionado, além de não ter perspectivas de eficácia, pode interferir negativamente e impedir futuros acordos pela paz. O TPI se confronta, portanto, com a possibilidade de suas investigações configurarem obstáculo para a paz¹⁷³. Confronta-se, ademais, com o argumento de que as anistias impedem apenas a persecução penal, não obstaculizam, todavia, outras espécies de sanção e responsabilização, também relevantes para os processos de transição e democratização nacionais¹⁷⁴.

Em contrapartida, a ideia que mais se coaduna com o escopo de uma justiça penal internacional é a de que a Corte Criminal não se vincula às anistias concedidas internamente quando o autor é submetido a sua jurisdição. Como afirma William A. Schabas, “na medida em que um conflito é prolongado, o sofrimento humano, a adversidade e as violações resultam de uma aplicação rígida da chamada proibição de anistias”¹⁷⁵. Neste contexto, as anistias vêm perdendo, gradualmente, muito da aura de aceitação ou, pelo menos, tolerância

¹⁷² TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Case Prosecutor v. Joseph Kony, Vicent Otti, Okot Odhiambo and Dominic Ongwen. Situation in Uganda, ICC-02/04-01/05. Disponível em: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200204/related%20cases/icc%200204%200105/Pages/uganda.aspx. Acesso em: 15 mai 2014.

¹⁷³ GRONO, Nick. International Crisis Group. In: ICC. Structure of the Court. Office of the Prosecutor. Network with Partners. Public hearings. Second public hearing. Session 2. ICC. Mr. Nick Grono. International Crisis Group. Disponível em: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%20prosecutor/network%20with%20partners/public%20hearings/second%20public%20hearing/session%202/Pages/mr_%20nick%20grono%20%E2%80%93%20international%20crisis%20group.aspx. Acesso em: 15 de mai 2014. Diversas vezes se levantaram em defesa do reconhecimento da anistia no caso de Uganda, também pela circunstância de, diante da existência de crianças combatentes envolvidas no caso, serem os perpetradores dos crimes contra a humanidade, em primeiro lugar, vítimas do próprio movimento de que fazem parte. Apesar de relevante, a questão não deve suscitar maiores preocupações, uma vez que o Estatuto de Roma é expresso em considerar imputáveis somente as pessoas com dezoito anos completos, assim como o faz o sistema penal brasileiro.

¹⁷⁴ PENSKY, Max. O status das anistias internas no Direito Penal Internacional. In: **A anistia na era da responsabilização**. Brasília: Ministério da Justiça, 2011, p. 76-101, p. 83.

¹⁷⁵ SCHABAS, William A. **Unimaginable Atrocities Justice, Politics, and Rights at the War Crimes Tribunals**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

que tinham na comunidade jurídica internacional exatamente como resultado da experiência sul-africana. As experiências de transição, também por outras áreas além da África, têm revelado que as anistias não sobreviveriam, em longo prazo, sob o governo democrático. Até mesmo as políticas oficiais de esquecimento das atrocidades do passado parecem gradualmente se deformarem com o passar do tempo e com os processos de transição. Novas chamadas à aplicação de um preceito de impunidade enfatizam, assim, a obrigação decisiva e absoluta dos Estados de julgar crimes internacionais¹⁷⁶ e, no caso de omissões ou irregularidades dos sistemas internos, fazer incidir a jurisdição complementar do Tribunal Penal Internacional.

Esse o quadro, é indubitável a necessidade de se avançar, por meio de argumentos outros, no debate sobre a constitucionalidade de se impedir o reconhecimento dos processos de anistia internos nos casos dos crimes sujeitos à jurisdição do TPI.

No Brasil, o ordenamento jurídico interno não configura óbice à superação do impasse. A Constituição, ao estabelecer que determinados crimes sejam insuscetíveis de anistia (artigo 5º, inciso XLIII), demonstra que a intenção do Poder Constituinte foi estabelecer a possibilidade de se vedar a concessão da causa de extinção de punibilidade em situações de grande ameaça à ordem nacional. O mesmo raciocínio deve ser utilizado para fins de direito internacional penal, de forma a admitir a proibição de se conceder anistia para os crimes que, constituindo as mais graves ofensas à pessoa humana, configuram grave ameaça à ordem internacional. Aliás, pode-se dizer que os *core crimes* são os “crimes hediondos do Direito Internacional Penal”. Assim agindo, o País está cumprindo o seu dever de promover a dignidade da pessoa humana, auxiliando o TPI na consolidação da paz, da segurança e do respeito aos direitos humanos e, em última análise, fazendo com que o mundo transite de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade¹⁷⁷.

Além da ausência de contrariedade ao texto constitucional e ao ordenamento jurídico brasileiro, nos subitens a seguir será demonstrado que as leis internas que concedem anistia para crimes como os previstos no Estatuto de Roma contrariam também os princípios gerais de direito internacional e podem, inclusive, ser consideradas inconventionais.

¹⁷⁶ PENSKY, Max. O status das anistias internas no Direito Penal Internacional. In: **A anistia na era da responsabilização**. Brasília: Ministério da Justiça, 2011. Latin American Center, p. 76-101, p. 82.

¹⁷⁷ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade, p. 226. In: CALMON, Eliana; BULOS, Uadi Lammêgo (coord.). **Direito Processual – Inovações e perspectivas**. Estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 225-235.

2.6.1. A anistia no Direito Internacional

Os tratados internacionais de direitos humanos são o primeiro lugar mais óbvio para pesquisar uma declaração sobre a validade das anistias internas. A conclusão alcançada, contudo, é a de que não existe qualquer tratado que apresente uma vedação explícita para a anistia ou uma determinação expressa para que os Estados julguem todos os crimes graves sob o Direito Internacional¹⁷⁸. O que se encontra é uma espécie de permissão da concessão de anistias, no artigo 6 (5) do Protocolo II de 1977 das Convenções de Genebra, que assim dispõe: “ao fim das hostilidades, as autoridades no poder envidarão esforços para conceder a anistia mais ampla possível às pessoas que tenham participado de conflito armado, ou àquelas privadas de sua liberdade por razões relativas ao conflito armado, quer estejam internadas ou detidas”¹⁷⁹.

Em contrapartida, o artigo I da Convenção contra o Genocídio, por exemplo, determina que todos os Estados signatários confirmem o genocídio como crime internacional “e se comprometam a prevenir e a punir”¹⁸⁰, o que parece indicar que Estados que anistiem genocidas potenciais estejam violando suas obrigações para com o tratado. Aponta-se, ainda, o artigo 7º da Convenção das Nações Unidas de 1987 contra a tortura e outros tratamentos ou punições cruéis, desumanos ou degradantes¹⁸¹ como um possível tratado-fonte para as obrigações inderrogáveis dos Estados de punir os perpetradores, que suscitaria uma vedação para as anistias domésticas¹⁸².

Destarte, apesar da ausência de proibição explícita à concessão de anistia, muitos tribunais e juristas têm argumentado que as obrigações dos tratados internacionais implicam deveres dos Estados de investigar, processar e punir os atos de genocídio e crimes contra a humanidade neles previstos¹⁸³. Daí se infere que as anistias, por obstarem a persecução penal

¹⁷⁸ TRUMBULL, Charles P. Giving Amnesties a Second Chance. In: **Berkeley Journal of International Law**, vol. 25, n. 2, p. 288, 2007. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol25/iss2/7/>. Acesso em: 16 mai 2014. FREEMAN, Mark. **Necessary Evils: Amnesties and the Search for Justice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

¹⁷⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, relativo à Proteção as Vítimas de Conflitos Armados não Internacionais (Protocolo II), de 8 de junho de 1977.

¹⁸⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio. Aprovada pela resolução 260 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 9 de dezembro de 1948.

¹⁸¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção das Nações Unidas contra a tortura e outros tratamentos ou punições cruéis, desumanos ou degradantes. Aprovada pela resolução 39/46 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1984.

¹⁸² PENSKY, Max. O status das anistias internas no Direito Penal Internacional. In: **A anistia na era da responsabilização**. Brasília: Ministério da Justiça, 2011, p. 76-101, p. 85-86.

¹⁸³ Sobre o tema c.f.: SCHARF, Michael P. From the exile files: an essay on trading justice for peace. In: **Washington & Lee Review, Forthcoming**. Case Legal Studies Research Paper n. 05-31, 2005. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=799004. Acesso em: 16 mai 2014.

dos perpetradores de tais crimes, configuram uma violação ao cumprimento das obrigações legais de um Estado e, por isso, são contrárias ao Direito Internacional¹⁸⁴. Além disso, existem os tratados internacionais que estabelecem uma variedade de direitos de recurso judicial por parte das vítimas e dos sobreviventes que, pelo menos em princípio, são incompatíveis com as anistias. Ainda, aqueles que estabelecem o dever dos Estados partes de respeitar e assegurar os vários direitos e proteções concedidos às pessoas, que implica políticas de prevenção dos crimes internacionais, que por sua vez poderiam impossibilitar anistias¹⁸⁵.

Estabelecida a controvérsia, para o propósito da presente dissertação adotar-se-á como pressuposto a circunstância de que, conforme previsto no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça¹⁸⁶, que estabelece as fontes reconhecidas do Direito Internacional, o costume é tão válido como fonte de direito quanto os tratados internacionais. Ao contrário dos sistemas jurídicos nacionais, o Direito Internacional reivindica entre suas fontes não apenas o texto dos tratados internacionais, mas também os costumes, que, como o próprio nome indica, refere-se a princípios jurídicos que são firmemente estabelecidos, amplamente difundidos e consistentemente praticados pelos Estados. Ou, na literalidade do artigo 38 (1) (b), são “uma prática geral aceita como lei”¹⁸⁷. Na verdade, o direito internacional consuetudinário fornece um recurso muito mais rico e promissor para responder à questão da validade da anistia interna que os próprios tratados¹⁸⁸. Nesse contexto, também as decisões dos tribunais internacionais podem ser objeto de recurso para demonstrar o surgimento de uma norma habitual. É o que se passará a expor nos tópicos a seguir.

2.6.2. A consolidação do tema no Sistema ONU de Proteção dos Direitos Humanos

¹⁸⁴ Sobre o assunto c.f.: ORENTLICHER, Diane. Settling Accounts: The Duty to Prosecute Violations of a Prior Regime. In: **Yale Law Journal**, vol. 100, n. 8, jun., 1991. Em sentido diverso, trazendo uma visão menos peremptória da proibição de anistias internas, Pensky afirma que: “Embora as questões jurídicas aqui sejam complexas e tenham gerado uma imensa literatura interpretativa, a minha opinião, junto com especialistas em anistia tais como Freeman, Trumbull e Mallinder, é que nenhuma leitura inequívoca do Direito dos tratados existentes, definitivamente, exclui as anistias domésticas, uma vez que cada tentativa para inferir tal proibição está sujeita a interpretações alternativas que estabelecem, pelo menos, a possibilidade de argumentos plausíveis para a compatibilidade de anistias.” PENSKEY, Max. O status das anistias internas no Direito Penal Internacional. In: **A anistia na era da responsabilização**. Brasília: Ministério da Justiça, 2011, p. 76-101, p. 86.

¹⁸⁵ PENSKEY, Max. O status das anistias internas no Direito Penal Internacional. In: **A anistia na era da responsabilização**. Brasília: Ministério da Justiça, 2011, p. 76-101, p. 85-86.

¹⁸⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Anexo da Carta das Nações Unidas, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas.

¹⁸⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Anexo da Carta das Nações Unidas, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas.

¹⁸⁸ PENSKEY, Max. O status das anistias internas no Direito Penal Internacional. In: **A anistia na era da responsabilização**. Brasília: Ministério da Justiça, 2011, p. 76-101, p. 88.

Antes mesmo da criação do Tribunal Penal Internacional, a anistia já era considerada um tema relevante para o Direito Internacional, especialmente para o Direito Internacional Penal. Com a ratificação do Estatuto de Roma, o debate intensificou-se ainda mais e até os dias de hoje o tema continua sendo amplamente discutido. Atualmente, pode-se dizer que, apesar do silêncio dos tratados internacionais, existe consenso no Direito Internacional consuetudinário, especialmente nos sistemas de proteção dos direitos humanos, a respeito da impossibilidade de concessões de anistia para os crimes internacionais mais graves, como o é o caso daqueles previstos no Estatuto de Roma.

No âmbito do Sistema ONU de Proteção dos Direitos Humanos, o Secretário Geral das Nações Unidas, já no ano de 1993, enfatizou, na Conferência Mundial de Direitos Humanos, celebrada em Viena, que os Estados devem derrogar a legislação que favoreça a impunidade dos responsáveis pelas graves violações de direitos humanos e punir os perpetradores¹⁸⁹. Depois disso, ao longo dos anos que sucederam à assinatura do Estatuto de Roma, as Nações Unidas, em diversas ocasiões e por diferentes órgãos, reafirmou a impossibilidade de concessão de anistias nos casos de graves violações de direitos humanos. Em 2004, o Secretário Geral das Nações Unidas, ao tratar da justiça de transição das sociedades em conflito ou pós-conflito, assinalou que os acordos de paz aprovados pelas Nações Unidas nunca podem conceder anistias por crimes de genocídio, de guerra, de lesa humanidade ou infrações graves dos direitos humanos¹⁹⁰. Em 2005, na mesma linha, o Grupo de Trabalho sobre Desaparições Forçadas ou Involuntárias das Nações Unidas destacou que uma lei de anistia é contrária às disposições da Declaração Universal dos Direitos Humanos, inclusive quando aprovada, direta ou indiretamente, por referendo ou qualquer outro ato de consulta, se a sua aplicação ou implementação faz cessar a obrigação de um Estado de investigar, processar e punir os responsáveis pelos desaparecimentos, oculta seus nomes ou os exonera de suas responsabilidades¹⁹¹.

Também o Comitê de Direitos Humanos, em 2004, afirmou, em sua Observação Geral n. 31, que Estados devem assegurar que os responsáveis por infrações reconhecidas

¹⁸⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Declaración y Programa de Acción de Viena. U.N. Doc. A/CONF.157/23, de 12 de julio de 1993, Programa de Acción, párr. 60 y 62.

¹⁹⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. U.N. Doc. S/2004/616, de 3 de agosto de 2004, párr. 10.

¹⁹¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de las Naciones Unidas. Observación General sobre el artículo 18 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Informe presentado dentro de 62º período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos. U.N. Doc. E/CN.4/2006/56, de 27 de diciembre de 2005, párr. 2, incisos a, c y d.

como crime no direito internacional e na legislação nacional, entre eles a tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, as execuções sumárias e arbitrarias e os desaparecimentos forçados, compareçam perante a justiça, e não os eximir de suas responsabilidades jurídicas, como *ha ocurrido con ciertas amnistías*¹⁹². Em 2009, o Alto Comissariado nas Nações Unidas para os Direitos Humanos concluiu que as anistias e outras medidas análogas contribuem para a impunidade e constituem um obstáculo para o direito à verdade, na medida em que impedem uma investigação aprofundada sobre os fatos. São, portanto, “*incompatibles con las obligaciones que incumben a los Estados en virtud de diversas fuentes de derecho internacional*”¹⁹³.

A Comissão de Direitos Humanos, no informe final acerca da impunidade de perpetradores de violações de direitos humanos, elaborado por Louis Joinet, em 1997, asseverou que os autores dessas violações “*no podrían beneficiarse de la amnistía mientras las víctimas no hayan obtenido justicia mediante un recurso efectivo*”¹⁹⁴. De igual modo, o Conjunto de Princípios Atualizado para a Proteção e a Promoção dos Direitos Humanos mediante a Luta contra a Impunidade, estabeleceu, no seu princípio 19, que os Estados empreenderão investigações rápidas, minuciosas, independentes e imparciais das violações de direitos humanos e de direito internacional humanitário e adotarão medidas apropriadas quanto aos perpetradores, especialmente na esfera penal, para que sejam devidamente processados, julgados e condenados. Em conexão com o princípio 19, o princípio 24, dispondo expressamente sobre as anistias, afirma que:

*los autores de delitos graves conforme al derecho internacional no podrán beneficiarse de esas medidas mientras el Estado no cumpla las obligaciones enunciadas en el principio 19 o los autores hayan sido sometidos a juicio ante un tribunal competente, sea internacional o internacionalizado o nacional, fuera del Estado de que se trata*¹⁹⁵.

¹⁹² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Humanos. Observación General 31: Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto. U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13, de 26 de mayo de 2004, párr. 18. Esta Observación General amplió el contenido de la Observación número 20, referente sólo a actos de tortura, a otras graves violaciones de derechos humanos. Al respecto, también cfr. C.D.H.Observación General 20: Reemplaza a la Observación General 7, prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles (art. 7), U.N. A/47/40 (SUPP), Anexo VI, A, de 10 de marzo de 1992, párr. 15.

¹⁹³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Alto Comissariado nas Nações Unidas para os Direitos Humanos. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Amnistías*. HR/PUB/09/1, Publicación de las Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2009, pág. V.

¹⁹⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direitos Humanos. Informe final acerca de la cuestión de la impunidade de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos), preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión, E/CB.4/Sub.2/1997/20, 26 de junio de 1997, párr. 32.

¹⁹⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direitos Humanos. Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidade, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005.

Especificamente no plano do Direito Internacional Penal, tanto o Tribunal Internacional para a Ex-Iugoslávia (TPII) quanto o Tribunal Especial para Serra Leoa (TESL), anteriores ao Tribunal Penal Internacional, já assentavam a impossibilidade de reconhecimento de concessões de anistias nos casos de graves violações de direitos humanos. O TPII, no caso *Prosecutor v. Erdemovic*, julgado em 1996, asseverou que os crimes de lesa humanidade são sérios atos de violência que causam danos aos seres humanos ao atingi-los no que lhes é mais essencial: sua vida, sua liberdade, seu bem estar físico, sua saúde ou sua dignidade – todos, aliás, bens jurídicos também protegidos pelo Estatuto de Roma. São atos desumanos que, por sua extensão e gravidade, ultrapassam os limites do que tolerável para a comunidade internacional, que deve necessariamente exigir sua reprimenda. Ademais, os crimes de lesa humanidade transcendem o próprio indivíduo, na medida em que, quando o indivíduo é agredido, ataca-se e atinge-se toda a humanidade¹⁹⁶. Com base nisso, o Tribunal defende tanto a imprescritibilidade destes crimes quanto a impossibilidade de reconhecimento das leis de anistia¹⁹⁷.

Na mesma linha, o Tribunal Especial para Serra Leoa asseverou que, apesar de se reconhecer a anistia como um conceito jurídico aceito e uma mostra de paz e reconciliação ao final de uma guerra civil ou de um conflito armado interno, as Nações Unidas mantêm sistematicamente a posição de que a anistia não pode ser concedida em se tratando de crimes internacionais como o genocídio, os crimes de lesa humanidade ou as graves infrações de

¹⁹⁶ A ideia de que toda a humanidade seja afetada por crime internacionais é amplamente defendida no Direito Internacional Penal e no Direito Humanitário. É importante, contudo, ressaltar que, para alguns, trata-se de uma constatação um tanto quanto genérica e artificial, na medida em que pressupõe que todas as pessoas pensam e sentem da mesma maneira em relação à prática de um crime internacional. Ou seja, há quem pertença à humanidade e não se sinta necessariamente afetado pelo cometimento de um crime dessa natureza. Ademais, ainda nos primórdios do debate sobre um conceito de crimes contra a humanidade, também sob a perspectiva da vagueza e abstração de se considerar a humanidade como vítima, outros, como o então Secretário de Estado Americano Robert Leniseng, representante do presidente americano durante a Primeira Guerra Mundial Wood Wilson, se opuseram ao uso da expressão “leis da humanidade”, durante as discussões sobre o Tratado de Versalhes e a responsabilidade do Imperador Guilherme II pela Primeira Guerra Mundial. Dizia o então Secretário Robert Leniseng que “isso não tinha nada a ver com o direito, mas com a moral”. Todavia, a insistência dos ingleses, franceses e belgas levou finalmente, no artigo 227 do Tratado de Versalhes, a adotar-se uma fórmula de acusação de Guilherme II pela ofensa suprema contra a dita moralidade internacional e santidade dos tratados. Na lição de Eugênio Aragão, “era aqui também uma acusação muito mais moral do que propriamente jurídica, mais política do que jurídica.” Assim é que o autor, ao tratar da construção do conceito de crimes contra humanidade, afirma que os debates decorrem até mesmo de um problema de tradução. Segundo Eugênio Aragão, “os crimes contra a humanidade são crimes *against humanity* e não são crimes *against men kind*, como coletivos de seres humanos, e *humanity* como o sentimento de humanidade, de misericórdia. Nos idiomas latinos essa diferença não fica clara. Nem no português, nem no francês. Porque crimes contra a humanidade tanto podem ser contra o coletivo dos seres humanos tanto quanto o sentimento de humanidade. Mas a ideia era contra o sentimento de humanidade, contra as leis de humanidade, conforme inscrito na Cláusula Martens”. ARAGÃO, Eugênio José Guilherme de. Crimes contra a humanidade: sistema internacional de repressão. In: **Revista TST**, Brasília, v. 75, n. 1, p. 82-93, p. 83, 86-87, jan./mar, 2009.

¹⁹⁷ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX IUGOSLÁVIA. *Prosecutor v. Erdemovic*, Case No. IT-96-22-T, Sentencing Judgment, November 29, 1996, at para. 28.

direito internacional humanitário¹⁹⁸. O Estatuto do TESL dispôs, expressamente, em seu artigo 10, que a anistia concedida em relação aos crimes de sua competência, entre eles, os crimes de lesa humanidade, não configura impedimento para a persecução de seus autores. Ao aplicar este dispositivo estatutário, considerou, em uma de suas primeiras decisões, que a anistia concedida nos acordos de paz às partes que agiram em conflitos armados internos não constituía obstáculo para a investigação e julgamento dos crimes internacionais a respeito dos quais era aplicável o princípio da jurisdição internacional¹⁹⁹. Assinalou que as anistias favorecem a prática de tais crimes, contrariam o direito internacional e configuram grave violação da obrigação *erga omnes* dos Estados de proteger a dignidade humana, e, nesse sentido, caracterizam-se como uma afronta à consciência da humanidade²⁰⁰.

2.6.3. A consolidação do tema nos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos

Em 2000, antes mesmo, portanto, da assinatura do Estatuto de Roma pelo Brasil, a Comissão Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos, no caso *Malawi African Association and Others v. Mauritania*, considerou que “*las leyes de amnistía no pueden proteger al Estado que las adopta de cumplir con sus obligaciones internacionales*”²⁰¹. Em momento posterior à ratificação do tratado, assinalou, no caso *Zimbabwe Human Rights NGO Forum v. Zimbabwe*, julgado em 2006, que, ao proibir o julgamento de perpetradores de graves violações de direitos humanos mediante a concessão de anistias, os Estados não apenas promovem a impunidade como encerram a possibilidade de que tais abusos sejam investigados e que as vítimas desses crimes tenham um recurso efetivo para obterem uma reparação pelos danos sofridos²⁰².

Em 2004, a Corte Europeia de Direitos Humanos destacou, no caso *Abdülsamet Yaman v. Turkey*, a relevância de os processos penais referentes a crimes como a tortura, que implicam violações graves aos direitos humanos, não serem prescritíveis e não se sujeitarem a

¹⁹⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Informe del Secretario General sobre el establecimiento de un Tribunal para Sierra Leona, S/2000/915 de 4 de octubre de 2000, párr. 22.

¹⁹⁹ TRIBUNAL ESPECIAL PARA SERRA LEOA. Case The Prosecutor v. Morris Kallom and Brima Buzzy Kamaro. SCSL-2004-15-AR72 (E) and SCSL-2004-16-AR72 (E). Decision on Challenge to jurisdiction: Lomé Accord Amnesty. Appeals Chamber, 13 March 2004.

²⁰⁰ TRIBUNAL ESPECIAL PARA SERRA LEOA. Case The Prosecutor v. Morris Kallom and Brima Buzzy Kamaro. SCSL-2004-15-AR72 (E) and SCSL-2004-16-AR72 (E). Decision on Challenge to jurisdiction: Lomé Accord Amnesty. Appeals Chamber, 13 March 2004, párr. 71 y 73.

²⁰¹ COMISSÃO AFRICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Case of Malawi African Association and Others v. Mauritania, Communication Nos. 54/91, 61/91, 98/93, 164/97-196/97 and 210/98, Decision of 11 May 2000, para. 83.

²⁰² COMISSÃO AFRICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Case of Zimbabwe Human Rights NGO Forum v. Zimbabwe, Communication No. 245/02, Decision of 21 May 2006, paras. 211 y 215.

anistias ou perdão²⁰³. Em 2009, no caso *Yeter v. Turkey*, asseverou também que, quando um agente estatal é acusado de crimes que violam os direitos do artigo 3º da Convenção Europeia (direito à vida), os procedimentos penais e o julgamento não devem ser obstaculizados e as concessões de anistia não podem ser permitidas²⁰⁴.

No Sistema Interamericano de Direitos Humanos são reiterados os pronunciamentos sobre as incompatibilidades das leis de anistia com as obrigações convencionais dos Estados, sobretudo por afronta aos artigos 1º (1), 2º e 25²⁰⁵ da Convenção Americana de Direitos Humanos, quando se trata de graves violações de direitos humanos. Neste sistema regional, exatamente por ser aquele que o Brasil integra por decisão soberana, a pesquisa jurisprudencial realizada não foi apenas exemplificativa e qualitativa, mas também quantitativa. Buscou-se listar todos os casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos até o dia 9 de maio de 2014 (data de finalização da coleta dos dados jurisprudenciais), que, de alguma forma, abordaram a questão da anistia. Dos 25 (vinte e cinco) casos identificados, apenas 4 (quatro)²⁰⁶ são anteriores à ratificação do Estatuto de Roma pelo Brasil, e todos os demais, 21 (vinte e um) casos, são posteriores, tendo sido julgados de 2003 a 2012, o que demonstra que a questão ainda bate às portas dos órgãos do Sistema Interamericano de Proteção e continua sendo tema relevante para a busca da paz e da segurança universais.

No caso *Castillo Páez Vs. Perú* (1998), a Corte aduziu que, entre as dificuldades de ordem interna que impedem a identificação dos sujeitos responsáveis pelos crimes que violam os direitos humanos, está a lei de anistia concedida no Peru, na medida em que

²⁰³ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Case of Abdülsamet Yaman v. Turkey, Judgment of 2 November 2004, Application No. 32446/96, par. 55.

²⁰⁴ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Case of Yeter v. Turkey, Judgment of 13 January 2009, Application No. 33750/03, par. 70.

²⁰⁵ “Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos. 1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.” “Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.” “Artigo 25 - Proteção judicial. 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.” ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.

²⁰⁶ CORTE IDH. Caso *Castillo Páez Vs. Perú*. Reparaciones y Costas (1998). Caso *Loayza Tamayo Vs. Perú* (1998). Caso *Barrios Altos Vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Fondo (2001). Caso *Trujillo Oroza Vs. Bolivia*. Reparaciones y Costas (2002).

“obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a los familiares de la víctima conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente”²⁰⁷. Nos casos *Barrios Altos Vs. Perú* (2001) e *La Cantuta Vs. Perú* (2006), a Corte seguiu o entendimento perfilhado no caso *Castillo Páez Vs. Perú* e destacou que a promulgação de uma lei manifestamente contrária às obrigações assumidas por um Estado parte viola a Convenção Americana de Direitos Humanos e, por isso, carece de efeitos jurídicos, gerando a responsabilidade internacional do Estado²⁰⁸.

A Corte asseverou, no parágrafo 167 da sentença proferida no caso *la Comunidad Moiwana Vs. Surinam* (2005), que:

*ninguna ley o disposición interna - incluyendo leyes de amnistía y plazos de prescripción - podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos. Si no fuera así, los derechos consagrados en la Convención Americana estarían desprovistos de protección efectiva. Este entendimiento de la Corte es conforme a la letra y al espíritu de la Convención, así como a los principios generales del derecho internacional. Posee especial preeminencia entre dichos principios el de pacta sunt Servando, el cual requiere que se asegure un efecto útil de las disposiciones de un tratado en el plano del derecho interno de un Estado Parte*²⁰⁹.

No caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile* (2006)²¹⁰, estabeleceu a Corte IDH, no parágrafo 114 da sentença, que “los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna. Consecuentemente, los crímenes de lesa humanidad son delitos por los que no se puede conceder amnistía”. No parágrafo seguinte, assentou que o Estado, ao manter vigente o Decreto-lei n. 2.191, que concedeu anistia ao crime de lesa humanidade, descumpre o artigo 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos, que estabelece o dever dos estados de adotarem disposições de direito interno que tornem efetivos os direitos e liberdades fixados na Convenção. No parágrafo 119, afirmou que as leis de anistia:

conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad de los crímenes de lesa humanidad, por lo que son

²⁰⁷ CORTE IDH. Caso Castillo Páez Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 43, párr. 105.

²⁰⁸ CORTE IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C No. 83, párr. 18, 42, 41 y 44. CORTE IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 167, 169, 175, 189, 168 y 180.

²⁰⁹ CORTE IDH. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 167 y 206.

²¹⁰ CORTE IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 109, 112, 114, 115, 120, 121, 129, 107 y 105.

manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana e indudablemente afectan derechos consagrados en ella. Ello constituye per se una violación de la Convención y genera responsabilidad internacional del Estado.

No caso *Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala* (2009), a Corte determinou que eventual aplicação dos dispositivos legais de anistia violaria as obrigações derivadas da Convenção Americana. Em razão disso, o Estado tem o dever de continuar, sem demoras, com o processo penal envolvendo os vários delitos ocorridos nos atos de massacre, para a devida investigação, processamento e punição dos responsáveis por sua prática²¹¹. No caso *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala* (2003), a Corte já havia advertido que o Estado deve garantir que o processo interno tendente a investigar e punir os responsáveis pelas violações de direitos humanos discutidos no processo surta seus devidos efeitos. Estabeleceu que, para tanto, o Estado “*debe abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad*”²¹². Na mesma linha, assentara, no caso *Trujillo Oroza Vs. Bolivia* (2002), serem:

*inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*²¹³.

No conhecido caso *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil* (2010), a Corte afirmou que a contrariedade das leis de anistia relativas a graves violações de direitos humanos com o direito internacional tem sido afirmada também por tribunais e órgãos de todos os sistemas regionais de proteção de direitos humanos. Ressaltou, ademais, que

[a]s anistias que eximem de sanção penal os responsáveis por crimes atrozes, na esperança de garantir a paz, costumam fracassar na consecução de seu objetivo, e, em vez disso, incentivaram seus beneficiários a cometer novos crimes. Ao contrário, celebraram-se acordos de paz sem disposições relativas à anistia, em algumas situações em que se havia dito que a anistia era uma condição necessária para a paz, e em que muitos temiam que os julgamentos prolongassem o conflito²¹⁴.

Assentou, ainda, no caso *Gelman Vs. Uruguay* (2011), que as leis de anistia constituem óbice ao império da justiça. Na ocasião, destacou que a impossibilidade de aplicação da Lei Geral de Anistia para a Consolidação da Paz pelo Uruguai permite que os

²¹¹ CORTE IDH. Caso *Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 131.

²¹² CORTE IDH. Caso *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párr. 276.

²¹³ CORTE IDH. Caso *Trujillo Oroza Vs. Bolivia*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92, párr. 106.

²¹⁴ CORTE IDH. Caso *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Par. 151.

juízos penais, tomando conhecimento de violações de direitos humanos ocorridas durante o conflito armado interno, procedam à persecução penal dos perpetradores²¹⁵.

Reconheceu, ademais, a Corte, no caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador* (2012), que a Lei Geral de Anistia para a Consolidação da Paz instaurou e perpetuou uma situação de impunidade, devido à falta de investigação, persecução, captura, processamento e punição dos responsáveis pelas atrocidades cometidas, em violação aos artigos 1 (1) e 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Afirmou que, dada a sua manifesta incompatibilidade com a Convenção, a Lei Geral de Anistia para a Consolidação da Paz que impede a investigação e sanção das graves violações de direitos humanos discutidas carece de efeitos jurídicos e, por conseguinte, não pode seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos, a identificação, o julgamento e a punição dos responsáveis, tampouco pode ter igual ou semelhante impacto em relação a outros casos de graves violações de direitos humanos reconhecidos na Convenção porventura ocorridos durante o conflito em El Salvador. Assentou, ademais, que, à luz do artigo 2 da Convenção, a obrigação de adequar o direito interno às disposições da Convenção impõe ao Estado o dever de adotar medidas em duas vertentes: “i) *la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías*”²¹⁶.

Ainda neste sentido, os seguintes casos em que a Corte defende não ser admitida a anistia para crimes internacionais, por entender que as leis que a concedem violam a Convenção Americana de Direitos Humanos: *Anzualdo Castro Vs. Perú* (2009); *Baldeón García Vs. Perú* (2006); *Bulacio Vs. Argentina* (2003); *Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala* (2004); *Comerciantes Vs. Colombia* (2004); *Gutiérrez Soler Vs. Colombia* (2005); *Las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador* (2005); *Los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú* (2004); *Huilca Tecse Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas* (2005); *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia* (2010); *Loayza Tamayo Vs. Perú* (1998); *Las Masacres de Ituango Vs. Colombia* (2006); *Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala* (2004); *Tibi Vs. Ecuador* (2004)²¹⁷.

²¹⁵ CORTE IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 218, 226, 221, 212, 224, 232, 227, 220, 222, 199, 167, 229, 214, 221, 213, 206, 198, 208, 223, 205, 225 y 209.

²¹⁶ CORTE IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252, párr. 296, 129, 195, 283, 299 y 286.

²¹⁷ CORTE IDH. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 163 y 161; CORTE IDH. Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 201; CORTE IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie

Indubitável, então, que o reconhecimento da constitucionalidade da impossibilidade de reconhecimento de leis de anistia concedidas em favor de acusados pela prática dos crimes previstos no Estatuto de Roma está de acordo com o entendimento perfilhado pelos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos. É possível, aliás, afirmar com segurança que, ao longo dos anos que sucederam a criação do TPI, diante da continuidade, intensificação e linearidade das decisões dos órgãos internacionais sobre a anistia, foi construído sólido entendimento no Direito Internacional de forma a gerar uma regra costumeira e, mais que isso, uma regra *jus cogens* no sentido defendido neste tópico da dissertação, ou seja, da impossibilidade de reconhecimento de processos internos de anistias.

Destarte, admitir-se que o TPI reconheça anistias concedidas aos criminosos sob sua jurisdição seria um desvirtuamento do motivo de sua própria constituição, que é, na busca pela paz e segurança universais, acabar com a impunidade dos perpetradores de crimes de guerra, genocídio, crimes contra a humanidade e crime de agressão.

2.6.4. A anistia na visão do Supremo Tribunal Federal

Depois de apresentar a anistia no Direito Internacional, retornamos à Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 153 para uma breve análise do entendimento atual do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema. Como dito na primeira nota de rodapé do item 2.6 deste trabalho, o objetivo não é fazer uma análise minuciosa do acerto ou desacerto da decisão da Corte Suprema em todos os seus aspectos, mesmo porque isso demandaria outra dissertação. O intuito é indicar de forma breve os argumentos do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil apresentados na petição inicial e o caminho percorrido pelo

C No. 100, párr. 117; CORTE IDH. Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2004. Serie C No. 117, párr. 130; CORTE IDH. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 262; CORTE IDH. Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132, párr. 97; CORTE IDH. Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párr. 172; CORTE IDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 232 y 233; CORTE IDH. Caso Huilca Tecse Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C No. 121, párr. 108; CORTE IDH. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217, párr. 207; CORTE IDH. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42, párr. 168; CORTE IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 402; CORTE IDH. Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116, párr. 99; CORTE IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 259.

Supremo no julgamento da ação, para, a partir daí, verificar se ambos consideraram a anistia sob a perspectiva do Direito Internacional e em que medida.

A ADPF 153 foi proposta no Supremo Tribunal Federal pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em outubro de 2008. Seu principal objetivo era questionar, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, o § 1º do artigo 1º da Lei de Anistia (Lei n. 6.683/79), que dispõe serem conexos, para fins de aplicação da lei, os crimes de qualquer natureza relacionados aos crimes políticos ou praticados por motivação política no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979²¹⁸.

O pedido da OAB era para que se desse interpretação conforme à Constituição, de modo a declarar, à luz dos seus preceitos fundamentais, que a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos durante o regime militar. Alegou-se, em síntese, que a anistia aos agentes do regime ditatorial não poderia ser considerada como recepcionada pela Constituição de 1988 e que, por isso, o § 1º deveria ser interpretado à luz dos preceitos e princípios fundamentais elencados constitucionalmente para considerá-lo inconstitucional²¹⁹.

Em abril de 2010, o plenário do STF decidiu, por sete votos a dois, pela improcedência da ação nos termos do voto do relator, ministro Eros Grau²²⁰. Manteve-se, assim, o entendimento de que estão anistiados os crimes praticados por agentes públicos do Estado durante o regime antidemocrático, incluindo homicídios, desaparecimentos forçados, torturas e abusos sexuais. A Corte concluiu que todos os dispositivos da Lei de Anistia são válidos em sua interpretação original por representarem legítimo instrumento conciliador do processo de transição entre a ditadura e o regime democrático.

Quanto à discussão específica de direito internacional, houve poucas, porém importantes alusões na petição inicial protocolada pelo Conselho Federal da Ordem dos

²¹⁸ “Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (vetado). § 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.” BRASIL. Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências.

²¹⁹ BRASIL. Ordem dos Advogados do Brasil. Petição inicial da ADPF 153. Disponível em: http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/ADPF_anistia.pdf. Acesso em: 23 mai 2014.

²²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153/DF. Tribunal Pleno. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Interessados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. DJ de 5 de outubro de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 15 mai 2014. A ação ainda não foi definitivamente julgada e os autos encontram-se conclusos ao Relator desde 28 de junho de 2012. Folha de andamento processual disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2644116>. Acesso em: 15 mai 2014.

Advogados do Brasil. No ponto em que argui o desrespeito da Lei de Anistia aos princípios democráticos e republicanos, o arguente faz referência ao fato de que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja jurisdição é reconhecida no Brasil, já ter decidido, “em pelo menos cinco casos, que é nula e de nenhum efeito a auto-anistia criminal decretada por governantes”²²¹. Na sequência, afirma que o Brasil rege-se, nas suas relações internacionais, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos, previsto no artigo 4º, inciso II, da Constituição, o que implica, adicionalmente, a necessidade de observância desses direitos em território nacional.

Ainda que não houvesse qualquer referência à ordem internacional na apresentação da controvérsia, da própria circunstância de a demanda exigir a correta interpretação da norma impugnada em face dos princípios e direitos fundamentais decorre a imprescindibilidade de observância, no julgamento, não só daqueles princípios e direitos expressos na Constituição, mas também daqueles “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, nos termos do artigo 5º, § 2º, da Constituição.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal levou o dispositivo constitucional em consideração apenas em termos. A única menção ao Direito Internacional feita na ementa do acórdão foi para afirmar que a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes é posterior à Lei n. 6.683/79, pois entrou em vigor apenas no ano de 1987 e, portanto, não afetaria de nenhuma forma a anistia anteriormente concedida²²². Os ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes reafirmaram esse entendimento em seus votos individuais. A utilização desse argumento, no entanto, é insuficiente.

No corpo do acórdão, o fundamento utilizado pelo Supremo para afastar qualquer menção ao costume internacional foi o princípio da legalidade. De acordo com os ministros Celso de Mello e Eros Grau, o costume internacional não poderia ser fonte de Direito Penal, pois tanto a Constituição brasileira quanto a Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 9) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (artigo 15) consagram o princípio da legalidade. Assim, no entender dos ministros, em virtude da reserva legal,

²²¹ BRASIL. Ordem dos Advogados do Brasil. Petição inicial da ADPF 153, p. 15. Disponível em: http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/ADPF_anistia.pdf. Acesso em: 23 mai 2014.

²²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153/DF. Tribunal Pleno. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Interessados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. DJ de 5 de outubro de 2010. Acórdão, p. 3. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 15 mai 2014.

somente lei interna poderia qualificar-se, constitucionalmente, como fonte formal direta, legitimadora da regulação normativa concernente à prescritibilidade ou à imprescritibilidade da pretensão estatal de punir, ressalvadas, por óbvio, cláusulas constitucionais em sentido diverso.

O fundamento utilizado pela Suprema Corte destoa completamente do dever dos Estados de observância do costume internacional. Conforme demonstrado nos itens 2.6.1. a 2.6.3. do presente trabalho, o entendimento consolidado no Direito Internacional é de que são inválidas as anistias internas concedidas em casos de crimes contra a humanidade e de que os costumes devem ser considerados como fonte de Direito Internacional, inclusive de Direito Internacional Penal.

De qualquer modo, ainda que se admitisse o enfoque unicamente no direito internacional positivado, o STF não estaria isento de mácula, pois deixou de considerar uma série de outras convenções internacionais, além da citada Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, que já estavam incontroversamente em vigor à época da edição da Lei de Anistia. Por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1952) e as Convenções de Genebra (1957): Convenção para Melhoria da Sorte de Feridos e Enfermos dos Exércitos em Campanha, Convenção Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra e Convenção Relativa à Proteção dos Civis em Tempo de Guerra. Ainda, por que não mencionar, a Convenção de 1968 sobre a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, que, no entender dos ministros não teria vigência por não ter sido subscrita pelo Brasil.

Apesar de tentar aparentar uma postura positivista, o que se percebe é que o Supremo utiliza-se do que chama de “positivismo à la carte”, para adotar como razão de decidir apenas as convenções que lhe convém e refutar exatamente convenção que, por ser contrária a sua tese, não estaria em vigor. A consequência desse posicionamento é que a Corte acaba por esquivar-se do real enfrentamento da questão de saber se as graves violações de Direitos Humanos praticadas por agentes públicos durante o regime militar configuram ou não crimes internacionais ou crimes contra a humanidade e, se, por isso, sujeitam-se às leis de anistias²²³. Caso assim tivessem procedido os ministros, a substância do julgamento poderia ter se alterado em grande medida.

²²³ VENTURA, Deisy de Freitas Lima. A Interpretação Judicial da Lei de Anistia Brasileira e o Direito Internacional. In: **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. Brasília: Ministério da Justiça, n. 4, jul./dez., p. 196-226, p. 211, 2010.

A argumentação exposta no acórdão revela a fragilidade da argumentação jurídica circular, que permite, em última instância, o uso do discurso dos direitos humanos e, no caso, de princípios de Direito Penal, para justificar tudo. Como afirma Koskeniemi, os juristas se escondem atrás de argumentos teóricos que consideram transcendentais, quando, no fundo, a solução é pautada por escolhas que envolvem outros campos, como a política, o social e a economia²²⁴. Destarte, torna-se possível valer-se do discurso dos direitos humanos e dos princípios gerais de direito penal interno para justificar qualquer coisa, mesmo as injustificáveis ou visivelmente contrárias aos interesses da humanidade.

Ademais, vê-se que, até mesmo nos votos divergentes dos Ministros Ricardo Lewandowski e Carlos Ayres Britto, a temática aplicável ao caso, sob o enfoque do Direito Internacional, é mitigada. O primeiro classifica de “desnecessária” a discussão sobre a ampla punibilidade aos chamados crimes de lesa-humanidade, embora reconheça, no seu ponto de vista, que o Brasil já era signatário de instrumentos internacionais que os definiam à época da promulgação da Lei de Anistia, como a Convenção de Haia e o Estatuto do Tribunal de Nuremberg²²⁵. Já o segundo refere-se ao fato de a tortura ser um crime de lesa-humanidade, mas não conclui daí nenhuma consequência normativa²²⁶.

É verdade que o relator do caso, ministro Eros Grau, deixou claro em seu voto sua concepção específica sobre a incorporação de tratados internacionais na sistemática interna, quando citou Nilo Batista na afirmação de que “instrumentos normativos internacionais só adquirem força vinculante após o processo constitucional de internalização”²²⁷. Como foi seguido pela maioria do plenário, pode-se dizer que o Supremo como um todo compartilhou, pelo menos naquele momento, da visão de que os tratados ratificados anteriormente à Emenda Constitucional n. 45 de 2004 – ou seja, todos os citados –, que obviamente não passaram pelo

²²⁴ KOSKENIEMI, Martti. The Politics of International Law Issue, In: **European Journal of International Law**, v. 1, n. 1, p. 4-32, 1990. Para um estudo sobre o debate circular, c.f. também KOSKENIEMI, Martti. **From apology to utopia**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

²²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153/DF. Tribunal Pleno. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Interessados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. DJ de 5 de outubro de 2010. Acórdão, p. 115. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 15 mai 2014.

²²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153/DF. Tribunal Pleno. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Interessados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. DJ de 5 de outubro de 2010. Acórdão, p. 142. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 23 mai 2014.

²²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153/DF. Tribunal Pleno. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Interessados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. DJ de 5 de outubro de 2010. Acórdão, p. 37. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 23 mai 2014.

procedimento especial de aprovação previsto pelo artigo 5º, § 3º, não gozariam de eficácia normativa constitucional inicialmente prevista aos tratados pelo § 2º do mesmo artigo, já mencionado²²⁸.

Mesmo que considerados meras leis ordinárias, tais tratados poderiam levar a Corte a sérias discussões sobre sua articulação com a Lei de Anistia, uma vez que todos foram assinados e ratificados pelo governo brasileiro anteriormente à promulgação desta. Como afirmou Lewandowski, caso o Brasil reconhecesse a definição dos crimes de lesa-humanidade no âmbito internacional pós-Segunda Guerra e que estes crimes são, por determinação das convenções respectivas, imprescritíveis, insuscetíveis de graça ou anistia e de perseguição penal independente de tipificação prévia no ordenamento interno, a defesa da anistia aos agentes públicos da repressão torna-se inviável, por patente contradição interna.

Diante desse breve panorama do julgamento da ADPF 153, conclui-se que o Supremo Tribunal Federal não apenas confere baixa hierarquia às normas de direito internacional oriundas de tratados de direitos humanos ratificados anteriormente a 2004, como concretamente demonstra “assombrosa imperícia no que atine ao direito internacional”²²⁹ como um todo. A Corte é de tal forma estatalista²³⁰, que utiliza o ordenamento interno como parâmetro de como e se aplicará o direito internacional no caso e, em geral, acaba o fazendo somente quando este esteja em concordância com a normativa equivalente na sistemática nacional²³¹. Foi dessa forma e sob este enfoque de desconsideração do Direito Internacional que os ministros não chegaram a julgar relevantes para o caso sequer as diversas convenções – positivadas – aqui descritas.

Ressalte-se, por fim, que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil apresentou embargos infringentes ao acórdão e estes ainda não foram apreciados pela Suprema Corte. Ademais, diante da condenação da Corte Interamericana de Direitos

²²⁸ Para o estudo do tema c.f.: GALINDO, George Rodrigo Bandeira. O § 3º do Art. 5º da Constituição Federal: Um Retrocesso para a Proteção Internacional dos Direitos Humanos no Brasil. In: **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, Fortaleza, IBDH, ano 6, v. 6, n. 6, p. 121-129, 2005.

²²⁹ VENTURA, Deisy de Freitas Lima. A Interpretação Judicial da Lei de Anistia Brasileira e o Direito Internacional. In: **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. Brasília: Ministério da Justiça. n. 4, jul./dez., p. 196-226, p. 10, 2010.

²³⁰ Expressão utilizada por Deisy Ventura. VENTURA, Deisy de Freitas Lima. A Interpretação Judicial da Lei de Anistia Brasileira e o Direito Internacional. In: **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. Brasília: Ministério da Justiça. n. 4, jul./dez.. Brasília: Ministério da Justiça, p. 196-226, 2010.

²³¹ “Logo, de modo geral, o STF aplica pouco e mal o Direito Internacional; ignora o grande debate contemporâneo sobre a internacionalização do direito e o transconstitucionalismo; raramente ultrapassa os manuais mais batidos, não raro desatualizados, da doutrina internacionalista; praticamente despreza a jurisprudência internacional; e vale-se escassamente do direito comparado, quase sempre incorrendo, quando o faz, em grandes incompreensões dos sistemas jurídicos alheios.” VENTURA, Deisy de Freitas Lima. A Interpretação Judicial da Lei de Anistia Brasileira e o Direito Internacional. In: **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. Brasília: Ministério da Justiça. n. 4, jul./dez. Brasília: Ministério da Justiça, p. 196-226, p. 10, 2010.

Humanos, no Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, que afirma ser a decisão da Lei de Anistia incompatível com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, por impedir a investigação, o processo e a punição das graves violações cometidas, pode-se considerar que o tema da validade das anistias internas ainda não foi esgotado e novas apropriações discursivas sobre a justiça do caso podem surgir nos próximos anos, o que demonstra a importância de se continuar a discuti-lo.

3. Os desafios para o cumprimento do Estatuto de Roma pelo Brasil – questões procedimentais

Além dos desafios que envolvem temas de Direito Penal material, Interno e Internacional, é necessário enfrentar os desafios de natureza procedimental que surgem para o cumprimento e implementação do Estatuto de Roma pelo Brasil. Neste capítulo serão abordadas, portanto, questões como a incompetência do Supremo Tribunal Federal para analisar pedidos de cooperação com a Corte Criminal, a atuação do Ministério Público e a exceção à coisa julgada.

3.1. Incompetência do Supremo Tribunal Federal para analisar pedidos de cooperação com o Tribunal Penal Internacional

O primeiro desafio procedimental é a respeito de quem detém a competência jurisdicional para, no Brasil, analisar a constitucionalidade do Estatuto de Roma. Atualmente, como já mencionado, pende de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal o pedido de entrega do Presidente do Sudão Omar Al Bashir (Pet. 4.625). Resta saber se a Suprema Corte realmente detém competência originária para apreciar este feito e outros eventuais pedidos de cooperação com o Tribunal Penal Internacional²³².

A cooperação jurídica internacional visa a conferir eficácia extraterritorial a medidas processuais provenientes do TPI e tem fundamento no próprio Estatuto de Roma. O artigo 86 estabelece a obrigação geral de cooperar²³³, nos seguintes termos: “os Estados Partes deverão, em conformidade com o disposto no presente Estatuto, cooperar plenamente com o Tribunal no inquérito e no procedimento contra crimes da competência deste”²³⁴. O artigo 89, por sua vez, trata especificamente da entrega, ato de cooperação objeto da Pet. 4.235. Dispõe

²³² O ministro Celso de Mello, ao proferir decisão na Petição 4.625, acabou por reconhecer, tacitamente, a competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar pedido de entrega ao TPI, embora tenha feito a seguinte ressalva: “inviável seria a autuação, na espécie, como Extradicação, deste pedido de cooperação internacional e auxílio judiciário, justificando-se, em consequência, a classificação processual como Petição, prevista, em caráter residual, no art. 55, inciso XVIII, c/c o art. 56, inciso IX, ambos do RISTF”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 4.625/TPI. Decisão do Ministro Celso de Mello. Requerente: Tribunal Penal Internacional. Requerido: Omar Hassan Ahmad El Bashire. Relatora: Ministra Ellen Gracie. DJ de 4 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Pet%24%2ESCLA%2E+E+4625%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/aqq35ot>. Acesso em: 30 abr 2014. O parecer da Procuradoria-Geral da República, contudo, suscitou a preliminar de incompetência do Supremo, ainda não apreciada pela Corte. BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. Parecer n. 5.690 – PGR. Roberto Gurgel.

²³³ A respeito da cooperação internacional com o Tribunal Penal Internacional, c.f.: CASSESE, Antonio. Cooperation of States under the ICC Scheme. In: CASSESE, Antonio. **International Criminal Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 349-351.

²³⁴ BRASIL. Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002.

que “o Tribunal poderá dirigir um pedido de detenção e entrega de uma pessoa [...] a qualquer Estado em cujo território essa pessoa possa se encontrar, e solicitar a cooperação desse Estado na detenção e entrega da pessoa em causa”²³⁵. Prescreve, ainda, que os Estados partes darão satisfação aos pedidos de detenção e de entrega em conformidade com o Estatuto e com os procedimentos previstos nos respectivos direitos internos. Sobre o processamento de prisões (detenções) no Estado de custódia, também abrangido pela Pet. 4.625, o artigo 59 do Estatuto determina que o Estado parte que receber um pedido de prisão preventiva ou de detenção e entrega adotará imediatamente as medidas necessárias para proceder à detenção, em conformidade com o seu direito interno e com o disposto no Estatuto. Afirma que “o detido será imediatamente levado à presença de autoridade judiciária competente do Estado da detenção que determinará se, de acordo com a legislação desse Estado”²³⁶, o mandado de detenção é aplicável à pessoa em causa, se a detenção foi executada de acordo com a lei e se os direitos do preso foram respeitados.

Como se observa da leitura dos artigos supracitados e do Anexo *Reglas de Procedimiento y Prueba*, o Estatuto de Roma remete ao direito interno de cada Estado parte o estabelecimento das normas necessárias para o efetivo cumprimento de suas disposições, entre elas, a especificação da autoridade competente para examinar o pedido de cooperação internacional e a determinação dos procedimentos a serem seguidos nesta hipótese.

No Brasil, a Lei n. 6.815/80, que disciplina a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, não trata do instituto da entrega ou *surrender*. Tampouco da competência para apreciar eventual pedido de cooperação internacional, exceto nos casos de deportação, expulsão e extradição²³⁷.

O já citado Projeto de Lei n. 4.038/2008, que dispõe sobre os crimes de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, também institui normas processuais específicas a respeito da cooperação com aquela Corte Internacional e afirma, em seus artigos 100, § 1º, e 108, que:

Artigo 100. A requisição de cooperação do Tribunal Penal Internacional será recebida pela via diplomática e encaminhada, em cinco dias, pelo Ministério das Relações Exteriores ao Ministério da Justiça, designado Autoridade Nacional de Cooperação com o Tribunal Penal Internacional, que a encaminhará, no prazo máximo de trinta dias, à autoridade competente para sua execução.

²³⁵ BRASIL. Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002.

²³⁶ BRASIL. Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002.

²³⁷ BRASIL. Estatuto do Estrangeiro. Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980.

§ 1º. O Ministério da Justiça encaminhará ao Presidente do Supremo Tribunal Federal a requisição de entrega, de prisão preventiva para entrega ou de prisão preventiva antecipada, bem como de outras medidas que dependam de providências judiciais.

Artigo 108. O Supremo Tribunal Federal, verificando que a requisição de prisão preventiva e entrega atende aos requisitos do artigo 91 do Estatuto de Roma e à Regra 187 de seu Regulamento Processual, expedirá o mandado de prisão, que conterá os motivos da ordem e será instruído com cópia da requisição originária²³⁸.

A proposta legislativa existente é, portanto, no sentido de que a competência para apreciação dos pedidos de cooperação com o Tribunal Penal Internacional seja do Supremo Tribunal Federal. Todavia, como ainda não foi aprovada pelos plenários da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e não tem força de emenda constitucional – exatamente por se tratar de projeto de lei, não de proposta de emenda constitucional –, a análise do tema deve ser feita à luz da Constituição vigente, especialmente do artigo 102, que estabelece de forma exaustiva os casos de competência originária da Suprema Corte.

Na alínea “e” do inciso I do artigo 102 da Constituição está fixada a competência originária do Supremo para processar e julgar o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União e, na alínea “g”, a extradição solicitada por Estado estrangeiro. Não incide a regra da alínea “e”. Primeiro, o pedido de entrega e detenção não configura hipótese de litígio entre Estado estrangeiro e a União, porquanto o TPI é um organismo internacional, não um Estado. Segundo, não configura litígio entre organismo internacional e a União, pois se trata de um pedido de cooperação internacional e auxílio judiciário, ou seja, não há interesses opostos ou lide entre o TPI e o Brasil. Tampouco incide a regra da alínea “g”, haja vista que o instituto da entrega (para jurisdição internacional), não se confunde com o da extradição (para jurisdição internacional).

A competência outorgada ao Supremo Tribunal Federal possui fundamento constitucional e reveste-se, por isso, de caráter absoluto e improrrogável. Sujeita-se apenas às derrogações fixadas no texto da própria Constituição. Descabe, então, pretender-se ampliá-la para alcançar situações que extravasam os rígidos limites fixados exaustivamente no rol do artigo 102, inciso I²³⁹. Nesse sentido, a jurisprudência pacífica da Corte Suprema, conforme se extrai do seguinte trecho da emenda do acórdão proferido na Petição n. 4.769:

A competência originária do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional – e ante o regime de direito estrito a que se acha submetida –, não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que extravasem os

²³⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 4.038/2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/PL/2008/msg700-080917.htm. Acesso em: 26 jun 2014.

²³⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 217.

limites fixados, em *numerus clausus*, pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Constituição da República²⁴⁰.

Desse modo, enquanto não emendada a Constituição para ampliar, de modo expresse, o rol de competências do Supremo Tribunal Federal, essa Corte não será competente para processar e julgar pedidos de cooperação com o Tribunal Penal Internacional. Entender de modo diverso implica extrapolar os limites estabelecidos no artigo 102, inciso I, da Carta Magna. Convém, então, perquirir quais são as alterações constitucionais necessárias e indicar caminhos para o processamento de eventual pedido de cooperação direcionado à República Federativa do Brasil, visto que o Projeto de Lei n. 4.038/2008, nos termos em que proposto, não resolve a questão.

Uma das alterações constitucionais possíveis é a propositura de emenda constitucional para acrescentar um parágrafo ao artigo 144 da Constituição, que atribua à Polícia Federal o exercício da função de polícia jurisdicional do Tribunal Penal Internacional, quando a cooperação brasileira for demandada, e a realização dos atos de preparação processual, dentre os quais está a execução de pedidos de entrega ou detenção. A medida poderá evitar que o Supremo Tribunal Federal se torne órgão consultivo do Ministério das Relações Exteriores, em situação onde, diante da presunção de constitucionalidade das leis, inexistente, em princípio, potencial de colisão a demandar a atuação do Judiciário. Ademais, a reforma constitucional proposta não inviabilizará o exercício da garantia do livre acesso ao Judiciário ou da inafastabilidade da jurisdição, prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição. O sujeito cuja entrega ou detenção é solicitada poderá impugnar o pedido de cooperação por meio de habeas corpus, alegando, por exemplo, que o Tribunal Penal Internacional extrapolou os seus poderes, desviou-se das finalidades do Estatuto de Roma ou, nos termos do seu artigo 89 (2), violou o princípio do *ne bis in idem*, previsto no artigo 20 do tratado.

Caso se insista em conferir ao Supremo, não à Polícia, a competência discutida, poderá ser acrescentada ao artigo 102 da Constituição, também por meio de emenda constitucional, uma nova alínea, distinta da alínea “g”, com a seguinte redação: “julgar a

²⁴⁰ A Petição 4.769/DF impugna decisão do Corregedor Nacional do Conselho Nacional de Justiça que indeferiu pedido de reclamação disciplinar contra ato de juiz do Tribunal Regional do Trabalho. O caso discute a competência do Supremo em situações que envolvem a atuação negativa do Conselho Nacional de Justiça. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 4.769/DF. Segunda Turma. Requerente: Itacir Roberto Zaniboni. Requerido: Corregedor Nacional de Justiça. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ de 24 de abril de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5685284>. Acesso em: 19 mai 2014. No mesmo sentido: Petição 5.068 AgR/SP. Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ de 11 de março de 2004. Reclamação 5.411 AgR/GO. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJ de 15 de agosto de 2008. Reclamação 9.241/PE. Decisão do Ministro Dias Toffoli. DJ de 13 de novembro de 2009. Petição 3.986 AgR/TO. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJ de 5 de setembro de 2008. Petição 3.923 QO/SP. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. DJ de 29 de setembro de 2008.

entrega solicitada por tribunal internacional”. Isso porque, como demonstrado alhures, a extradição é instituto distinto da entrega.

De qualquer modo, o não reconhecimento da competência do Supremo para análise dos pedidos de cooperação com o TPI não retira da Corte Suprema a competência para analisar a compatibilidade do Estatuto de Roma com a Constituição. Outro caminho possível, portanto, a fim de afastar eventuais óbices que se queira opor ao cumprimento do Estatuto de Roma no plano interno, é a propositura de Ação Declaratória de Constitucionalidade, tendo por objeto o tratado de criação do TPI. A ação de controle concentrado permitirá pronunciamento definitivo e geral do Supremo Tribunal Federal sobre as questões aqui debatidas e, desta vez, sob o legítimo exercício da sua competência²⁴¹.

3.2. O modelo de atuação do Ministério Público do Tribunal Penal Internacional

O artigo 42 do Estatuto de Roma prescreve que o Gabinete do Procurador é órgão autônomo do TPI a que compete precipuamente “recolher comunicações e qualquer outro tipo de informação, devidamente fundamentada, sobre crimes da competência do Tribunal, a fim de os examinar e investigar e de exercer a ação penal junto ao Tribunal”²⁴². O Gabinete do Procurador é presidido pelo Procurador que, por sua vez, é auxiliado por um ou mais Procuradores-Adjuntos.

No desempenho de seu papel, o Procurador tem poderes, mas também deveres, relacionados à investigação criminal. No alcance da verdade, buscará todos os fatos e provas possíveis para a determinação da responsabilidade criminal. Para esse efeito, investigará as circunstâncias que interessam quer à acusação, quer à defesa. O Estatuto sugere um Procurador com alto nível de neutralidade e imparcialidade. Destarte, o órgão ministerial acaba se assemelhando mais ao juiz investigador ou juiz de instrução do sistema jurídico continental europeu que ao Procurador-Geral do sistema adversarial ou acusatório do *Common Law*. O modelo de atuação do Ministério Público no Tribunal Penal Internacional é, assim, um dos exemplos do esforço das delegações presentes na Conferência de Roma para estabelecer certo equilíbrio entre os modelos processuais romano-germânicos e o *Common*

²⁴¹ Não se pode esquecer, contudo, o risco de tal medida, uma vez que o Supremo Tribunal Federal poderá decidir pela inconstitucionalidade do Estatuto de Roma, o que, em última análise, poderia forçar o Poder Executivo a denunciá-lo. Apesar disso, acredita-se que a decisão da Corte seja pela declaração de constitucionalidade do tratado e que, no máximo, os ministros apliquem ao caso a regra da interpretação conforme para resolver alguns aspectos controvertidos como os apresentados ao longo desta dissertação.

²⁴² BRASIL. Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002.

*Law*²⁴³.

De acordo com William Schabas, é exatamente na investigação que as diferenças entre as jurisdições nacionais e internacional se destacam no âmbito do Tribunal Penal Internacional. Na jurisdição nacional, o acesso do Ministério Público às testemunhas e provas materiais é mais restrito e, geralmente, ocorre mediante autorização judicial. Em relação a um tribunal internacional, contudo, a questão não é tão simples, porque o Ministério Público deve realizar investigações no território de Estados soberanos. A investigação depende da receptividade do sistema jurídico nacional para as iniciativas do Gabinete do Procurador. A situação é dificultada ainda mais no caso de Estados que não são partes do Estatuto ou Estados que se encontram ameaçados por suas investigações: dois cenários bastante prováveis²⁴⁴.

Diante dessa realidade, o Ministério Público sai extremamente fortalecido pela redação do Estatuto de Roma, cabendo-lhe amplos poderes para a persecução criminal dos delitos de competência do Tribunal Penal Internacional. Sua atividade vai desde a investigação preliminar, passando pela investigação preparatória (inquérito) e pela propositura da ação, até o seu transcurso final²⁴⁵.

O primeiro momento de atuação decisiva do Ministério Público é a investigação preliminar, que está disciplinada no artigo 15 do Estatuto de Roma. O dispositivo permite a iniciativa direta dos Procuradores para instaurar investigações preparatórias (ainda não se está diante da investigação propriamente dita ou inquérito, mas de um momento que a precede) com base na informação (*noticia criminis*) da prática de crime da competência do TPI²⁴⁶. Para verificar a veracidade da informação recebida, os Procuradores poderão buscar informações complementares dos Estados, dos órgãos das Nações Unidas, das organizações governamentais e não governamentais, além de tomar depoimentos escritos ou orais na sede da Corte e de recolher quaisquer outras fontes fidedignas que considerar apropriadas para

²⁴³ BERGSMO, Morten; KRUGER, Pieter. Article 53. In: TRIFFTERER, Otto (edit.). **Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article**. 1999, p. 715-725, p. 720-724. In the second edition, C.H. Beck, Hart and Nomos, 2008, p. 1.077-1.087.

²⁴⁴ SCHABAS, William A. **An Introduction to the International Criminal Court**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 261.

²⁴⁵ CHOUKR, Fauzi Hassan. O Ministério Público e o Tribunal Penal Internacional - Análise do Tratado de Roma. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (orgs.). **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 305-321, p. 314-321.

²⁴⁶ “Artigo 15 Procurador. 1. O Procurador poderá, por sua própria iniciativa, abrir um inquérito com base em informações sobre a prática de crimes da competência do Tribunal”. BRASIL. Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002.

formar seu juízo de convicção acerca da realidade dos fatos²⁴⁷. Como se vê, o Ministério Público, já nesta primeira fase do procedimento penal internacional, poderá instaurar de ofício a investigação e realizar diretamente atos investigatórios.

Encerrada a investigação preliminar, uma vez verificada a necessidade de instauração preparatória por meio de inquérito, o processo criminal passa a ser disciplinado pelo artigo 18 do Estatuto de Roma. Possibilita o dispositivo que, neste segundo momento de atuação decisiva do Ministério Público – a investigação preparatória ou inquérito –, os Procuradores expeçam notificações para os Estados partes e os Estados que, de acordo com a informação disponível, teriam jurisdição sobre os crimes investigados, bem como os notifiquem confidencialmente quando considerar necessário para proteger pessoas, impedir a destruição de provas ou a fuga de suspeitos²⁴⁸. Esta segunda fase investigativa e preparatória da ação penal propriamente dita, como se percebe, também é presidida pelo Ministério Público.

A partir do artigo 54, o Estatuto de Roma segue disciplinando as funções e atribuições do *Parquet* durante as investigações. Confere-lhe amplo poder para, no estabelecimento da verdade dos fatos, investigar tanto as circunstâncias incriminantes como as eximentes de responsabilidade, adotar medidas adequadas à eficiência da investigação, reunir e examinar provas, convocar e interrogar pessoas investigadas e convocar e ouvir vítimas e testemunhas²⁴⁹. O Ministério Público poderá, ainda, nos termos do artigo 57 (3) (a)

²⁴⁷ “Artigo 15 [...] 2. O Procurador apreciará a seriedade da informação recebida. Para tal, poderá recolher informações suplementares junto aos Estados, aos órgãos da Organização das Nações Unidas, às Organizações Intergovernamentais ou Não Governamentais ou outras fontes fidedignas que considere apropriadas, bem como recolher depoimentos escritos ou orais na sede do Tribunal”. BRASIL. Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002.

²⁴⁸ “Artigo 18 [...] 1. Se uma situação for denunciada ao Tribunal nos termos do artigo 13, parágrafo a), e o Procurador determinar que existem fundamentos para abrir um inquérito ou der início a um inquérito de acordo com os artigos 13, parágrafo c) e 15, deverá notificar todos os Estados Partes e os Estados que, de acordo com a informação disponível, teriam jurisdição sobre esses crimes. O Procurador poderá proceder à notificação a título confidencial e, sempre que o considere necessário com vista a proteger pessoas, impedir a destruição de provas ou a fuga de pessoas, poderá limitar o âmbito da informação a transmitir aos Estados”. BRASIL. Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002.

²⁴⁹ “Artigo 54. Funções e Poderes do Procurador em Matéria de Inquérito 1. O Procurador deverá: a) A fim de estabelecer a verdade dos fatos, alargar o inquérito a todos os fatos e provas pertinentes para a determinação da responsabilidade criminal, em conformidade com o presente Estatuto e, para esse efeito, investigar, de igual modo, as circunstâncias que interessam quer à acusação, quer à defesa; b) Adotar as medidas adequadas para assegurar a eficácia do inquérito e do procedimento criminal relativamente aos crimes da jurisdição do Tribunal e, na sua atuação, o Procurador terá em conta os interesses e a situação pessoal das vítimas e testemunhas, incluindo a idade, o gênero tal como definido no parágrafo 3º do artigo 7º, e o estado de saúde; terá igualmente em conta a natureza do crime, em particular quando envolva violência sexual, violência por motivos relacionados com a pertença a um determinado gênero e violência contra as crianças; e c) Respeitar plenamente os direitos conferidos às pessoas pelo presente Estatuto. 2. O Procurador poderá realizar investigações no âmbito de um inquérito no território de um Estado: a) De acordo com o disposto na Parte IX; ou b) Mediante autorização do Juízo de Instrução, dada nos termos do parágrafo 3º, alínea d), do artigo 57. 3. O Procurador poderá: a) Reunir e examinar provas; b) Convocar e interrogar pessoas objeto de inquérito e convocar e tomar o

do Estatuto, requerer ao juízo de instrução a emissão de despachos e mandados que se revelem necessários para o inquérito. Nos termos do artigo 57 (3) (d) do Estatuto, poderá, ademais, adotar medidas específicas no âmbito de um inquérito, no território de um Estado parte, mesmo na hipótese de não obtida a cooperação deste.

Antes de tratar do juízo de instrução, o Estatuto de Roma dispõe, no artigo 53, sobre a possibilidade de o Ministério Público deixar de instaurar a ação penal. O dispositivo prescreve que o *Parquet*, ao final da investigação preliminar, poderá entender que não existe fundamento razoável para sequer abrir o inquérito e, assim, passar para a fase da investigação preparatória (inquérito), ou, ao final do inquérito, poderá decidir não instaurar a ação penal.

A decisão de não instaurar o inquérito será pautada (i) na inexistência de fundamento razoável do cometimento de um crime da competência do Tribunal, (ii) na inadmissibilidade do caso, por prévia instauração de inquérito, procedimento criminal em andamento ou prévio julgamento dos fatos narrados na *notitia criminis* por Estado que detenha jurisdição sobre o feito ou (iii) na circunstância de não ser o caso suficientemente grave para justificar a ulterior intervenção do Tribunal, nos termos do artigo 17 (d) do Estatuto. Ainda, (iv) na conclusão de que, mesmo diante da gravidade do crime e dos interesses das vítimas, não há razões substanciais para crer que o inquérito serve aos interesses da justiça²⁵⁰.

Já a decisão de, concluído o inquérito, não instaurar a ação penal, pautar-se-á no entendimento do Procurador de ausência de fundamento suficiente para proceder criminalmente, à medida que: (i) não existam elementos suficientes, de fato ou de direito, para requerer a emissão de um mandado de detenção ou notificação para comparecer perante o Tribunal, (ii) for inadmissível o caso, também nas hipóteses descritas no artigo 17 do Estatuto;

depoimento de vítimas e testemunhas; c) Procurar obter a cooperação de qualquer Estado ou organização intergovernamental ou instrumento intergovernamental, de acordo com a respectiva competência e/ou mandato; d) Celebrar acordos ou convênios compatíveis com o presente Estatuto, que se mostrem necessários para facilitar a cooperação de um Estado, de uma organização intergovernamental ou de uma pessoa; e) Concordar em não divulgar, em qualquer fase do processo, documentos ou informação que tiver obtido, com a condição de preservar o seu caráter confidencial e com o objetivo único de obter novas provas, a menos que quem tiver facilitado a informação consinta na sua divulgação; e f) Adotar ou requerer que se adotem as medidas necessárias para assegurar o caráter confidencial da informação, a proteção de pessoas ou a preservação da prova”. BRASIL. Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002.

²⁵⁰ “Artigo 53 Abertura do Inquérito 1. O Procurador, após examinar a informação de que dispõe, abrirá um inquérito, a menos que considere que, nos termos do presente Estatuto, não existe fundamento razoável para proceder ao mesmo. Na sua decisão, o Procurador terá em conta se: a) A informação de que dispõe constitui fundamento razoável para crer que foi, ou está sendo, cometido um crime da competência do Tribunal; b) O caso é ou seria admissível nos termos do artigo 17; e c) Tendo em consideração a gravidade do crime e os interesses das vítimas, não existirão, contudo, razões substanciais para crer que o inquérito não serve os interesses da justiça. Se decidir que não há motivo razoável para abrir um inquérito e se esta decisão se basear unicamente no disposto na alínea c), o Procurador informará o Juízo de Instrução.” BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

ou (iii) o procedimento penal não servir ao interesse da justiça, consideradas todas as circunstâncias, tais como a gravidade do crime, os interesses das vítimas e a idade ou o estado de saúde do presumível autor e o grau de participação no alegado crime²⁵¹.

O terceiro e quarto momentos de atuação do Ministério Público, uma vez decidido pela existência de fundamentos plausíveis para se instaurar a persecução penal propriamente dita, referem-se à propositura e ao transcurso da ação penal. Nestas fases, que abarcam o ajuizamento da ação, audiências, coleta de provas e o efetivo juízo de plausibilidade da acusação, as obrigações do *Parquet* são as próprias do modelo acusatório. Incumbe-lhe, precipuamente, a tarefa de comprovar as acusações lançadas, sem, contudo, esquivar-se do seu dever de justiça e ética em relação ao acusado e às vítimas.

Quanto ao terceiro e quarto momentos, não há grandes controvérsias acerca da atuação do Ministério Público no Tribunal Penal Internacional. Em contrapartida, do conjunto de atribuições conferidas ao *Parquet* nas fases de investigação preliminar e investigação preparatória pode ser levantada uma série de questionamentos da compatibilidade do Estatuto de Roma com a Constituição, especialmente naquilo que tange aos princípios que regem a atuação ministerial no processo penal brasileiro. Sobre a investigação preliminar, a sua instauração de ofício pelo Procurador e a investigação direta pelo *Parquet*, pode-se alegar violação aos artigos 129, incisos I, III, VI e VIII²⁵², e 144, § 1º, inciso IV, e § 4º²⁵³, da Constituição. Ainda na fase conclusiva da investigação, quanto à possibilidade de o Ministério Público deixar de dar início à ação penal, pode-se argumentar afronta ao artigo 129, *caput*, da

²⁵¹ “[...] 2. Se, concluído o inquérito, o Procurador chegar à conclusão de que não há fundamento suficiente para proceder criminalmente, na medida em que: a) Não existam elementos suficientes, de fato ou de direito, para requerer a emissão de um mandado de detenção ou notificação para comparência, de acordo com o artigo 58; b) O caso seja inadmissível, de acordo com o artigo 17; ou c) O procedimento não serviria o interesse da justiça, consideradas todas as circunstâncias, tais como a gravidade do crime, os interesses das vítimas e a idade ou o estado de saúde do presumível autor e o grau de participação no alegado crime, comunicará a sua decisão, devidamente fundamentada, ao Juízo de Instrução e ao Estado que lhe submeteu o caso, de acordo com o artigo 14, ou ao Conselho de Segurança, se se tratar de um caso previsto no parágrafo b) do artigo 13.” BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

²⁵² “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; [...] III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; [...] VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; [...] VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

²⁵³ “Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: [...] § 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: [...] IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União. [...] § 4º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

Constituição, de onde se infere o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. É importante analisar se essas incompatibilidades realmente existem ou se são apenas aparentes.

3.2.1. Instauração de inquérito de ofício e investigação direta pelo Procurador

A possibilidade de o Procurador, de ofício, ou seja, sem provocação de qualquer Estado parte²⁵⁴ ou do Conselho de Segurança das Nações Unidas, instaurar o inquérito e a ação penal foi objeto de intenso debate durante a Conferência de Roma. Esta competência não constava do projeto de Estatuto apresentado pela Comissão de Direito Internacional, que, entendendo ser o Tribunal Penal Internacional um instrumento a serviço dos Estados, previa o início do procedimento penal somente por iniciativa de algum Estado parte ou do Conselho de Segurança²⁵⁵.

Outros argumentos, além da compreensão de que o Gabinete do Procurador deveria ser um órgão dependente da vontade expressa de um Estado parte, foram levantados em desfavor da atuação de ofício do Ministério Público. Afirmou-se que o agir oficioso do *Parquet* significava uma politização do Tribunal, uma vez que, sem a prévia e necessária provocação do Estado, o Procurador poderia atuar por motivações políticas e, desse modo, suscitar a seletividade e a perda de credibilidade do Tribunal. Ainda, que a comunidade internacional não teria alcançado um grau de amadurecimento suficiente para aceitar a atribuição de poderes tais a um órgão tão independente quanto o Ministério Público do TPI²⁵⁶.

Estados como Austrália e Brasil, temerosos de se deixar sem qualquer espécie de controle, ao alvedrio do Procurador, o início da persecução criminal, pleiteavam alguma forma de contenção a esta possibilidade. Outros, como Cuba, Argélia, Índia, Paquistão e Nigéria, mais radicais, defendiam a inconveniência de se conceder ao Ministério Público qualquer iniciativa autônoma no sentido de dar início às investigações e à persecução. Sustentavam, assim, em consonância com a posição defendida pelos Estados Unidos²⁵⁷, a

²⁵⁴ A proposta era de uma sistemática semelhante à da ação penal popular, onde os próprios Estados partes seriam responsáveis pelo início do procedimento penal. ZAPPALÀ, Salvatore. Il procuratore della corte penale internazionale: luci e ombre. In: **Rivista di Diritto Internazionale**, Milano, v. 82, n. 1, p. 46-47, 1999.

²⁵⁵ MIGUEL, João Manuel da Silva. Tribunal Penal Internacional: o após Roma e as consequências da ratificação. In: **Revista do Ministério Público**, n. 86, p. 27-42, abr./jun. 2001.

²⁵⁶ CALABRICH, Bruno. O Ministério Público no Tribunal Penal Internacional. In: **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, ano 6, n. 33, p. 23-31, p. 28, ago. /set. 2005.

²⁵⁷ Uma das justificativas para que os Estados Unidos não assinassem o Estatuto de Roma foi exatamente a suposta ausência de controle sobre os poderes conferidos ao Procurador. AMBOS, Kai. **International Criminal Procedure: adversarial, inquisitorial or mixed**. Netherlands: Kluwer Law International, 2003, p. 10. No mesmo sentido, Mônica Aparecida Canato, que fala também das críticas da China ao modelo de atuação do Ministério Público no Tribunal Penal Internacional. CANATO, Mônica Aparecida. **O princípio da legalidade no direito penal internacional**. Porto Alegre: Norton, 2011, p. 278.

impossibilidade de se conceder tamanho poder ao Procurador do Tribunal Penal Internacional, sob pena de torná-lo “o homem mais poderoso do mundo”²⁵⁸. Em contrapartida, estavam os adeptos do princípio da oficialidade. Dentre eles destacam-se Portugal, Suíça e Argentina, que, como muito empenho, acabaram levando, ao final das discussões, à aprovação do Estatuto, com a consignação explícita, nos citados artigos 15 e 54, da possibilidade de instauração do inquérito pelo Procurador, de ofício, com base em qualquer informação de que disponha. Concluiu-se, destarte, pela necessidade da criação de um ente autônomo e independente, com estrutura estável e permanente junto à Corte, o que culminou com a criação do primeiro órgão de acusação pública internacional com competência geral²⁵⁹.

Para além dos debates no âmbito do internacional, no Direito Interno brasileiro a possibilidade da instauração do inquérito pelo Ministério Público, de ofício, também é questionada. Em geral, aponta-se o que decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.427²⁶⁰ para reforçar essa tese. A partir da leitura do acórdão do precedente invocado, constata-se, todavia, que o que se decidiu na ocasião foi a impossibilidade de criação de cargos comissionados de Suplentes de Delegados com atribuições típicas da carreira de Delegado de Polícia, sob pena de violação ao artigo 144, § 4º, da Constituição. O debate travado no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade não adentrou, portanto, a discussão acerca da atuação do Ministério Público no inquérito. Não se deve, por isso, utilizar o precedente como indicativo de eventual entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema²⁶¹. A argumentação mais plausível e que aqui será enfrentada é aquela de que a possibilidade de instauração do inquérito pelo Ministério Público pode implicar afronta ao princípio acusatório, que é considerado uma garantia penal do acusado, à medida que exige que as funções de investigar, acusar e julgar estejam nas mãos de órgãos distintos, a fim de, assim, assegurar a maior imparcialidade possível na busca da verdade dos fatos.

²⁵⁸ EIROA, Pablo D. **La Corte Penal Internacional. Fundamentos y Jurisdicción**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004, p. 218.

²⁵⁹ ZAPPALÀ, Salvatore. Il procuratore della corte penale internazionale: luci e ombre. In: **Rivista di Diritto Internazionale**, Milano, v. 82, n. 1, 1999, p. 46-47.

²⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.427/PR. Tribunal Pleno. Requerente: Partido Social Liberal. Interessados: Governador do Estado do Paraná e Assembleia Legislativa do Estado do Paraná. Relator: Ministro Eros Grau. DJ de 10 de novembro de 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=390690>. Acesso em: 17 jun 2014.

²⁶¹ O mesmo se diga em relação à Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.614, em que declarada a inconstitucionalidade de lei que atribui a sargentos combatentes o atendimento nas Delegacias de Polícia nos Municípios que não dispõem de servidor de carreira para o desempenho das funções de Delegado de Polícia, por afronta ao artigo 144, *caput*, IV e V e §§ 4º e 5º, da Constituição. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.614/PR. Tribunal Pleno. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Interessados: Governador do Estado do Paraná e Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Paraná. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Relatora para o acórdão: Ministra Cármen Lúcia. DJ de 23 de novembro de 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=495516>. Acesso em: 17 jun 2014.

Quanto à possibilidade de o Procurador realizar atos de investigação de forma direta, também houve acalorados debates na Conferência de Roma. Na tentativa de excluir do Estatuto este poder, argumentou-se, dentre outros, que a limitação dos mecanismos de investigação à disposição exclusiva do Gabinete do Procurador os deixaria na dependência da investigação realizada pelos Estados partes.

Sobre o ponto, algumas delegações aduziram que a investigação é apenas uma prerrogativa do Estado, tal como ocorre com a cooperação judiciária entre Estados, não havendo mecanismos no Estatuto de Roma que os forcem a realizá-la. A única alternativa de que dispõe o Procurador, no caso da negativa de um Estado parte recusar um pedido de cooperação, é aplicar o artigo 87 (7) do Estatuto de Roma, que permite que o Tribunal elabore um relatório e remeta a questão à Assembleia dos Estados partes ou ao Conselho de Segurança, quando tiver sido este a submeter-lhe a situação. Ademais, em que pese o Ministério Público tenha a atribuição de adotar as medidas investigativas no território de um Estado sem o seu consentimento prévio, a investigação, no âmbito interno, pode estar condicionada à autorização judicial, ou seja, à chamada reserva jurisdicional. Nestes casos, o juízo de instrução até poderá autorizar as medidas solicitadas, mas somente deverá fazê-lo depois de constatar que o Estado é claramente incapaz de executar o pedido de cooperação, por não dispor, dentro do seu próprio sistema judicial, de qualquer autoridade competente²⁶². Na prática, como afirma Fabricio Guariglia, o poder de investigação direta do Ministério Público “*is not practicable and cannot be effectively utilized*”²⁶³.

Prevaleceram, contudo, os argumentos favoráveis à concessão de amplos poderes investigativos ao Ministério Público, incluindo-se aí a possibilidade de investigação ministerial direta, considerada indispensável para fins de uma persecução penal de caráter internacional realmente efetiva. Assim é que o artigo 54 do Estatuto, tratando das funções e poderes do Ministério Público na fase preparatória da ação penal, prescreve que o Procurador poderá realizar atos de investigações, estando entre suas atribuições expressas: reunir e examinar provas; convocar e interrogar pessoas objeto de inquérito e convocar e tomar o depoimento de vítimas e testemunhas; procurar obter a cooperação de qualquer Estado ou organização intergovernamental ou instrumento intergovernamental, de acordo com a respectiva competência ou mandato; celebrar acordos ou convênios compatíveis com o

²⁶² SCHABAS, William A. **An Introduction to the International Criminal Court**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 265.

²⁶³ GUARIGLIA, Fabricio. Investigation and Prosecution. In: LEE, Roy S. (edit). **The International Criminal - The Making of the Rome Statute Issues, Negotiations, Results**. London: Kluwer Law International, 1999, p. 227-237.

Estatuto, que se mostrem necessários para facilitar a cooperação de um Estado, de uma organização intergovernamental ou de uma pessoa; concordar em não divulgar, em qualquer fase do processo, documentos ou informação que tiver obtido, com a condição de preservar o seu caráter confidencial e com o objetivo único de obter novas provas, a menos que quem tiver facilitado a informação consinta na sua divulgação; e adotar ou requerer que se adotem as medidas necessárias para assegurar o caráter confidencial da informação, a proteção de pessoas ou a preservação da prova (alíneas “a” a “f” do parágrafo 3º do artigo 54 do Estatuto de Roma). Todos, como se vê, atos típicos de investigação, colocados, após árduo debate, à disposição do *Parquet*.

É de ressaltar que não há violação do Estatuto de Roma ao ordenamento jurídico brasileiro quanto ao ponto. Além disso, existem normas internacionais que justificam o poder de investigação concedido ao Gabinete do Procurador, de forma que não há que se falar em sua contrariedade ao Direito Internacional. É o que será demonstrado no tópico a seguir.

3.2.2. A possibilidade de investigação direta pelo Ministério Público sob a perspectiva do Direito Interno e do Direito Internacional

No âmbito interno, se é certo que a Constituição não almejou transferir para o Ministério Público as funções investigatórias cometidas ao serviço policial, não menos certo é que o Poder Constituinte de 1988 não visou a impedir que o titular pleno da ação penal pública, que é o Ministério Público, também desenvolvesse atividade investigatória, com ou sem a audiência do serviço policial. A titularidade do Ministério Público ao exercício da ação penal, como preceitua o inciso I do artigo 129 da Constituição, legitima a sua atuação concreta na atividade investigativa, sem que isso implique violação ao princípio acusatório. Aplica-se aqui a máxima “quem pode o mais, pode o menos”. Ora, se o Ministério Público é o titular pleno da ação penal pública, aquele que, em juízo deduz, de forma exclusiva, a pretensão punitiva, não há qualquer anomalia jurídica, por nenhum prisma de raciocínio, que se adote a impedir o trabalho investigatório pelo órgão ministerial²⁶⁴. Se o *Parquet* é o titular da ação penal, podendo requisitar a instauração de inquérito policial, por que motivo não poderia fazer o menos, que seria investigar fatos?

A atribuição de investigar é, na verdade, um desdobramento do artigo 129, inciso I, da Constituição. Aliás, dos incisos VI e VIII do mesmo dispositivo constitucional advém a sua legitimidade para requisitar informações e diligências investigatórias nos procedimentos

²⁶⁴ BRASIL. Ministério Público Federal. Segunda Câmara de Coordenação e Revisão. Manifestação do então Procurador-Geral da República Claudio Lemos Fonteles no Processo n. 7.035/13.

administrativos que instaurar. Assim é que se diz que, no Direito Interno, apesar de o Ministério Público não poder presidir o inquérito, a Constituição brasileira, em seu artigo 129, incisos VI, VIII e IX, e a legislação infraconstitucional, Lei Complementar n. 75/1993, em seu artigo 8º, incisos II e IV, e § 2º, atribuem ao Ministério Público outras funções compatíveis com a sua atribuição de titular da ação penal, demonstrando nítida ligação entre poderes investigatórios e persecutórios. Esse poder de modo algum exclui a Polícia Judiciária, antes a complementa na colheita de elementos para a propositura da ação, pois até mesmo um particular pode coligar elementos de provas e apresentá-los ao Ministério Público.

Destarte, não se deve admitir que, a partir de interpretação restritiva dos incisos I e IV do § 1º do artigo 144 da Constituição, seja excluída a possibilidade de o Ministério Público, dispensando o inquérito policial, oferecer denúncia a partir dos elementos colhidos em procedimento administrativo investigatório instaurado por ele próprio. Os dispositivos citados não têm essa amplitude. Ao atribuir à polícia federal a exclusividade para exercer a Polícia Judiciária da União, pretendeu a Constituição excluir a atuação de outras corporações policiais na atividade investigativa, e não conferir atribuição privativa da Polícia Federal para, em detrimento da atuação do Ministério Público, realizar investigações. Nesse sentido Hugo Nigro Mazzilli afirma:

Não cabe alegar que as atividades de polícia judiciária da União e dos Estados seriam exclusivas, respectivamente, da polícia federal (art. 144, §1º, IV, da CF) ou dos Estados (princípio da simetria). Primeiro, porque a investigação de crimes é mais ampla do que mera atividade de polícia judiciária (art. 144, §1º, I e IV, da CF). Depois, porque a norma constitucional quer significar que as atividades de polícia judiciária da União (por exemplo, o cumprimento de requisições e mandados judiciais) competem apenas à polícia federal, ou seja, exclui-se da polícia estadual a atividade de polícia judiciária da União. A Constituição, porém, não torna privativa a investigação de crimes pela polícia: ela coexiste com a possibilidade de juízes (corregedores, falimentares), membros do Congresso Nacional (nas CPIs), governantes (nos processos disciplinares), órgãos fiscais (nas infrações fazendárias) e membros do Ministério Público (nos inquéritos civis e noutros procedimentos de sua competência) também investigarem fatos que possam ter conotação criminal²⁶⁵.

Ademais, a famosa máxima “quem acusa não pode investigar”, supostamente pautada no princípio acusatório, é uma expressão equivocada do “garantismo hiperbólico monocular”. Hiperbólico porque aplicado de uma forma ampliada e desproporcional. Monocular porque enxerga somente supostos direitos fundamentais do réu, ou seja, só um lado do processo. Contrapõe-se, assim, ao garantismo penal integral, que visa a resguardar os

²⁶⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Ministério Público**. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005, p. 93.

direitos fundamentais não só dos réus, mas também das vítimas, que almejam a justa condenação dos culpados²⁶⁶ e da sociedade, verdadeira titular do *jus puniendi*.

Sob a perspectiva do Direito Internacional, também é perfeitamente admissível, ainda com maior veemência que no Direito Interno, a possibilidade de investigação direta pelo Ministério Público.

Indica-se, aqui, o dever de investigar, processar e punir como importante fundamento para os poderes concedidos ao Ministério Público no âmbito do Direito Internacional. Isso porque é notória a falha dos Estados em realizar a persecução dos perpetradores de práticas atentatórias aos direitos humanos²⁶⁷, fato, sem dúvida, levado em consideração para a criação do Tribunal Penal Internacional e o estabelecimento das regras do Estatuto de Roma, inclusive as referentes à atuação do Gabinete do Procurador.

O artigo 7º (b) da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, Convenção de Belém do Pará, trata do dever de investigar, processar e punir, ao dispor que os Estados partes devem empenhar-se em “atuar com a devida diligência para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher”²⁶⁸. O artigo 12 da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes também prescreve que “cada Estado-parte assegurará que suas autoridades competentes procederão imediatamente a uma investigação imparcial, sempre que houver motivos razoáveis para crer que um ato de tortura tenha sido cometido em qualquer território sob sua jurisdição”²⁶⁹.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, por sua vez, não tem dispositivo expresso sobre o dever de investigar, processar e punir criminalmente os responsáveis pelas violações aos direitos nela consagrados. Isso não implica, contudo, dizer que o dever inexistente. Como já defendido nesta dissertação, especialmente no item 2.6.1, o Direito Internacional tem como fonte não apenas o texto dos tratados internacionais, mas, além de outras, os costumes,

²⁶⁶ FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monoclar) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. In: **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html. Acesso em: 20 jun 2014.

²⁶⁷ Dos casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos referentes ao dever de investigar, processar e punir, em apenas um, caso Castillo Páez Vs. Peru, considerou-se como cumprido este dever e isso depois de determinação da Corte para a adoção de providências pelo Estado réu. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Castillo Páez Vs. Peru. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. 3 abr. Considerando 21.

²⁶⁸ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará. Brasil, Belém do Pará, em 9 de junho de 1994.

²⁶⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Adotada pela Resolução 39/46, da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1984.

e é possível que as decisões dos tribunais internacionais sejam objeto de recurso para demonstrar o surgimento de uma norma habitual que os caracterize. Assim, a existência e o conteúdo do dever de investigar, processar e punir podem ser extraídos também da interpretação que os tribunais internacionais têm conferido a determinadas normas internacionais.

É sabido que a Corte Interamericana de Derechos Humanos não é um tribunal penal a quem compete fixar a responsabilidade de indivíduos por atos criminais. A jurisdição por ela exercida é distinta da exercida pelas cortes penais internacionais, conforme se infere até mesmo da sua jurisprudência²⁷⁰. No entanto, no exercício das suas atribuições de determinar reparações e supervisionar o cumprimento de sentenças, adentra inevitavelmente o campo da jurisdição criminal²⁷¹, o que permite extrair de seus julgados importantes regras de Direito Internacional Penal.

Feita essa ressalva, constata-se, a partir da pesquisa dos casos julgados pela Corte Interamericana de Derechos Humanos, que o dever de investigar, processar e punir é a mais recorrente violação imputada aos Estados. Já no primeiro caso a ela submetido: caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, ao interpretar os artigos 1 (1) e 2 da Convenção Americana de Derechos Humanos, a Corte assentou que, à luz da obrigação geral de respeito e garantia, caberia aos Estados organizar um aparelho governamental efetivo, capaz de prevenir, investigar e sancionar os responsáveis pelas violações cometidas. No parágrafo 166 da sentença, consignou que:

*Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención*²⁷².

²⁷⁰ Nesse sentido afirmou a Corte, no caso *La Cantuta Vs. Perú*, que: “Es en ese marco que la Corte efectúa la determinación de responsabilidad internacional del Estado en este caso, la que no corresponde condicionar a estructuras propias y específicas del derecho penal, interno o internacional, definitorias de criterios de imputabilidad o responsabilidades penales individuales; tampoco es necesario definir los ámbitos de competencia y jerarquía o subordinación de cada agente estatal involucrado en los hechos”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, par. 156. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf. Acesso em: 20 jun 2014.

²⁷¹ Sobre o tema Alexandra Heneeus aduz que: “*The Inter-American Court is not a criminal court. Nonetheless, in supervising a prosecution, it tells the state what lines of investigation it must explore; it names individuals who should be investigated; and it suggests analytical connections that should be drawn between cases. This, indeed, is an extension of the Court’s mandate into a form of quasi-criminal review*”. HUNEEUS, Alexandra. International Criminal Law by Other Means: the Quasi-Criminal Jurisdiction of the Human Rights Courts. In: **American Journal of International Law**, Washington, v. 107, n. 1, p. 1-44, p. 11, 2013..

²⁷² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, par. 166.

Posteriormente, a Corte estabeleceu diretrizes sobre o dever de investigar, processar e punir, através da interpretação dos artigos 8 (1) e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Reconheceu, assim, também o direito das vítimas e de seus familiares de exigir do Estado a punição penal dos autores de violações aos direitos humanos. No caso *Blake Vs. Guatemala*, assentou a Corte que:

*el artículo 8.1 de la Convención Americana confiere a los familiares del señor Nicholas Blake el derecho a que su desaparición y muerte sean efectivamente investigadas por las autoridades de Guatemala; a que se siga un proceso contra los responsables de estos ilícitos; a que en su caso se les impongan las sanciones pertinentes, y a que se indemnicen los daños y perjuicios que han sufrido dichos familiares*²⁷³.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos afastou, ainda, o princípio do *ne bis in idem* como meio de garantir o cumprimento do dever de investigar, processar e punir. Considerou, no caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, que, havendo novos elementos ou provas que permitissem a identificação de responsáveis por crimes contra a humanidade, as investigações deveriam ser reabertas, mesmo diante de prévia sentença absolutória transitada em julgado²⁷⁴.

Outras orientações da Corte Interamericana de Direitos Humanos envolvendo o dever de investigar, processar e punir são de que as investigações devem ser sérias, rápidas, exaustivas, imparciais e independentes²⁷⁵, deve o Estado conduzi-las, não como mera formalidade, mas com seriedade²⁷⁶, de ofício e sem demoras, dispensando iniciativa processual da vítima ou de seus familiares. Ainda, que, para realizar uma investigação efetiva, é crucial a conjugação de esforços entre órgãos e instituições estatais com poderes persecutórios²⁷⁷ e que tais órgãos e instituições devem dispor dos recursos financeiros, logísticos, científicos e humanos necessários ao desempenho de suas funções²⁷⁸. Por derradeiro, que o dever de investigar é uma obrigação de meios e não de resultado, logo, a

²⁷³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Blake Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36, párr. 97.

²⁷⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. 26 set. Série C No. 154, párr. 154.

²⁷⁵ Nesse sentido: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso de la Masacre de Pueblo Bello. Sentença. 31 jan. Série C No. 140, par. 143 e Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Mérito, Reparaciones e Custas. 1 set. Série C. No. 217, par. 65.

²⁷⁶ Nesse sentido: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Garibaldi Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. 23 set. Série C No. 203, par. 113 e Caso Ximenes Vs. Brasil. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. 17 mai, par. 62.

²⁷⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Ximenes Vs. Brasil. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. 17 mai, par. 62 e 168.

²⁷⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala. Mérito, Reparaciones e Custas. 22 nov. Série C No. 117, párr. 135.

investigação deve ser realizada, buscando-se a determinação da verdade sobre os fatos, através de todos os meios legais disponíveis²⁷⁹.

Os fundamentos expostos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos são perfeitamente transponíveis para as discussões sobre o Tribunal Penal Internacional. O entendimento de que (i) a obrigação implica o dever de organizar todo o aparato governamental e toda a estrutura para assegurar uma investigação criminal séria, célere, efetiva, imparcial, exaustiva, independente, sem a necessidade de iniciativa das vítimas e familiares; (ii) o dever de investigar é uma obrigação de meios e não de resultado e (iii) é admitida a reabertura das investigações, mesmo diante de prévia sentença absolutória transitada em julgado permitem, ou melhor, impõem que se confira ao órgão ministerial responsável pela persecução penal dos *core crimes* a maior amplitude possível de mecanismos e possibilidades para a investigação das condutas criminais a ele noticiadas. O reconhecimento do direito das vítimas e de seus familiares de exigir do Estado a persecução penal dos autores de violações aos direitos humanos também o permite – e impõe, sobretudo em se considerando a especial atenção conferida às vítimas no Estatuto de Roma.

Outros argumentos, além daqueles construídos a partir da jurisprudência internacional, especialmente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, podem ser apontados a favor da legitimidade da forma como estabelecida a atuação do Ministério Público do Tribunal Penal Internacional. Estes, podem, aliás, ser construídos através de uma análise da própria realidade que permeia a corte e dos aspectos práticos da investigação criminal internacional.

Um desses argumentos contrapõe-se à ideia equivocada de falta de qualificação técnica do *Parquet*. Esta não é uma realidade no âmbito internacional tampouco no Ministério Público em atuação no TPI. O Estatuto de Roma, atento à necessidade de um corpo técnico qualificado para as investigações dos *core crimes*, previu a criação de três divisões de assessoramento do Gabinete do Procurador. A Divisão de Competência, Complementariedade e de Cooperação, a quem cabe a coleta de informações preliminares para subsidiar a opinião do Procurador a respeito da abertura de um inquérito. A Divisão de Inquérito, a quem compete preparar os planos de investigação, incluindo a proteção de vítimas e testemunhas, e o suporte técnico às investigações, com o envio de agentes ao local dos fatos para sua análise e busca de evidências. Por último, a Divisão de Procedimento, responsável por prestar assessoramento

²⁷⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Garibaldi Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. 23 set. Série C No. 203, par. 113 e Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Mérito, Reparações e Custas. 1 set. Série C. No. 217, par. 65 e 153.

jurídico em pontos relevantes do caso e estabelecer a estratégia para julgamento das situações apresentadas ao Tribunal. Estabeleceu, ainda, o Estatuto, no artigo 42 (9), a criação de uma unidade de assessoramento específico para os casos de violência sexual e de violência contra criança.

Outro argumento é de que a possibilidade de o Procurador ter à sua disposição mecanismos diretos de investigação mitiga os problemas do controle externo e da ineficácia da atividade policial. De acordo com Fauzi Hassan Choukr, “a cooperação internacional é sempre bem-vinda para fazer com que as polícias nacionais sejam engajadas em atividades investigativas locais”²⁸⁰. Não se pode deixar de mencionar, contudo, que isso é no plano ideal, ou seja, partindo-se do pressuposto de que as polícias domésticas cooperam com o Gabinete do Procurador. Na verdade, o que a experiência do Tribunal Penal Internacional demonstra são polícias inócuas interna e internacionalmente, conseqüentemente, a necessidade de se reforçar a ação investigativa do próprio Gabinete do Procurador.

Como bem ilustra o caso do Omar Al Bashir, os Estados não têm cooperado com o Tribunal sequer com a captura e entrega dos investigados. Pelo contrário, na situação do Sudão, estando o suspeito sabidamente em território nacional, não houve qualquer esforço do Estado em capturá-lo e entregá-lo ao TPI. Tampouco de, considerado o princípio da complementariedade, processar e puni-lo na jurisdição criminal doméstica. O que fez o Sudão foi ignorar os pedidos do TPI e, em um ato de deslegitimação do papel da Corte Criminal e que pode ter sinalizado a rejeição dos sudaneses à sua atuação, declarar o investigado vencedor, com 68% dos votos, da eleição presidencial ocorrida em abril de 2010. Destarte, se atos de cooperação dessa magnitude não são praticados, não há como esperar dos Estados e da sua Polícia a prática de atos de investigação com o escopo de subsidiar eventual acusação dos perpetradores pelo Gabinete do Procurador. E, não havendo no âmbito do Tribunal uma polícia judiciária própria, tal tarefa não poderia, de fato, estar em outras mãos, senão na do Ministério Público, órgão que se pretende independente e imparcial.

Argumenta-se, ademais, que os crimes da competência do Tribunal Penal Internacional se caracterizam tanto pela intensa gravidade quanto pela dificuldade de sua realização. O que implica reconhecer que a sua prática necessita de efetiva atuação, ou pelo menos a cobertura, do aparato estatal. Afinal, o genocídio, os crimes contra a humanidade ou de guerra estão ligados, não raro, a um processo de decisões de caráter governamental como parte de uma estratégia para se alcançar objetivos políticos, econômicos e militares, dentre

²⁸⁰ CHOUKR, Fauzi Hassan. O Ministério Público no Tribunal Penal Internacional. In: **Revista da Associação Paulista do Ministério Público**. São Paulo: ano 2, n. 20, 2008, p. 25.

outros²⁸¹. Diante disso, é inquestionável a essencialidade da função do *Parquet*, cuja atuação certamente terá consequências no próprio processo de continuidade e estabilidade de um governo, visto que iniciar a persecução penal contra algum ou alguns de seus membros, especialmente se tratar de pessoas de realçado protagonismo estatal, será decisão de relevantes desdobramentos. Não menos inquestionável é a dificuldade que se enfrenta ao investigar crimes de tais monta e natureza. Não é de se estranhar, portanto, que ao Ministério Público seja conferido o papel de praticar diretamente atos investigativos.

A investigação direta pelo Ministério Público configura atividade imprescindível ao desempenho regular e efetivo de suas atribuições como órgão investigador e acusador do Tribunal Penal Internacional. Trata-se de uma “decorrência natural da sua condição de titular da ação penal e também do fato de se constituir em atividade que se compatibiliza com tal finalidade precípua, na forma estabelecida no artigo 42, n. 1, do Estatuto de Roma”²⁸². Seria inviável permitir que o Ministério Público, executor da atividade acusatória, na busca da punição dos perpetradores dos crimes previstos no tratado, ficasse ainda mais refém da vontade dos Estados partes, do Conselho de Segurança das Nações Unidas ou de quaisquer órgãos externos que pudessem exercer a atividade secundária de buscar os elementos de autoria e materialidade do crime em apuração.

O desafio apresentado não é, de forma oficiosa e específica, objeto de controvérsias legais e lides nas cortes internacionais. O que existe hoje, como já dito, são julgados e o consequente estabelecimento de regras acerca do dever de investigar, processar e punir que acabam repercutindo nos poderes conferidos ao Ministério Público no âmbito do Direito Internacional Penal. Este o contexto, no tópico a seguir voltaremos a expor a questão sob a perspectiva do Direito Interno, por meio do estudo de situações enfrentadas no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal e pela Câmara dos Deputados. O objetivo é relemburar que a atuação do Ministério Público é um tema polêmico também na esfera doméstica e, mais que isso, demonstrar que a tendência no Direito Interno é considerar possível a investigação pelo *Parquet*, o que, em última análise, também serve de fundamento para a defesa da constitucionalidade do Estatuto de Roma quanto aos poderes conferidos ao Gabinete do Procurador.

²⁸¹ EIROA, Pablo D. **La Corte Penal Internacional. Fundamentos y Jurisdicción**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004, p. 216.

²⁸² CALABRICH, Bruno. O Ministério Público no Tribunal Penal Internacional. In: **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, ano 6, n. 33, p. 23-31, p. 29-30, ago./set. 2005.

3.2.2.1. A possibilidade de investigação direta pelo Ministério Público e o Supremo Tribunal Federal

O tema da investigação direta pelo Ministério Público é recorrente em debates no âmbito interno. A questão já chegou às portas do Supremo Tribunal Federal em diversas ocasiões, das quais se destacam: o Recurso Extraordinário n. 205.473 (1999); o Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 81.326 (2003); o Inquérito n. 1.957 (2005); o Habeas Corpus n. 91.661 (2009); o Habeas Corpus n. 83.634 (2012); o Habeas Corpus n. 84.548 (2013); e o Recurso Extraordinário n. 593.727 (2013).

Este debate, em que pese não tenha influência direta no reconhecimento da suposta inconstitucionalidade do Estatuto de Roma em si, poderá suscitar problemas no seu cumprimento pelo Brasil. Isso porque, o artigo 101 do Projeto de Lei n. 4.038/2008 dispõe que a cooperação com o Procurador do Tribunal Penal Internacional será encaminhada diretamente ao Procurador-Geral da República²⁸³. Assim, atendendo-se ao que dispõe o tratado sobre os poderes do seu órgão ministerial e cabendo ao Chefe do Ministério Público do Brasil a cooperação penal com o TPI, poderá ser questionada a compatibilidade da proposta legislativa com o desenho institucional do Ministério Público brasileiro traçado na Constituição. Estar-se-á, assim, diante de uma inconstitucionalidade em potencial também da lei brasileira que visa a implementar o Estatuto de Roma e, caso não haja uma resposta para o impasse, a efetividade do próprio Tribunal Penal Internacional, que, como sabido, necessita da cooperação internacional para funcionar, correrá o risco de ser afetada.

Feitas essas considerações iniciais, passemos ao estudo da evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. O entendimento inicial era de que ao Ministério Público não caberia, ainda que de forma excepcional, realizar atos de investigações. Essa posição foi defendida no Recurso Extraordinário n. 205.473 (1999), cujo recorrente era Delegado da Receita Federal acusado da prática dos crimes de desobediência e prevaricação, em decorrência do descumprimento de requisição do Ministério Público para realizar diligências investigativas envolvendo o caso “PC Farias”. A Segunda Turma do Supremo decidiu ser inconstitucional o poder de investigação ministerial em procedimento diverso da ação civil pública, disposta no artigo 129, inciso III, da Constituição, e declarou

²⁸³ “Cooperação com o Procurador do Tribunal Penal Internacional - Art. 101. A requisição de cooperação proveniente do Procurador do Tribunal Penal Internacional, nos termos do art. 54 do Estatuto de Roma, será encaminhada diretamente ao Procurador-Geral da República. Parágrafo único. O Procurador-Geral da República informará, no prazo de cinco dias, o Ministério da Justiça, o Ministério das Relações Exteriores e a Advocacia-Geral da União sobre a requisição recebida e a medida determinada”. BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 4.038/2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/PL/2008/msg700-080917.htm. Acesso em: 26 jun 2014.

que, entender de modo diverso significaria admitir, indevidamente, uma Polícia Judiciária paralela²⁸⁴.

No Habeas Corpus n. 81.326 (2003), cujo paciente era Delegado de Polícia, manteve-se o entendimento inicial do Supremo Tribunal Federal. No julgamento, fez-se uma digressão histórica das funções do Ministério Público. Esclareceu-se que, na Assembleia Nacional Constituinte de 1988, quando abordada a questão do controle externo da polícia civil, o processo de instrução presidido pelo Ministério Público voltou a ser debatido. Ao final, manteve-se a tradição. Ou seja, o Poder Constituinte rejeitou as Emendas 945, 424, 1.025, 2.905, 20.524, 24.266 e 30.513, que, de um modo geral, conferiam ao *Parquet* a supervisão, a avocação e o acompanhamento da investigação criminal. Assegurou-se, assim, no artigo 144, § 4º, da Constituição de 1988, as funções de polícia judiciária e apuração de infrações penais à polícia civil.

O ordenamento jurídico brasileiro dotou, destarte, o Ministério Público de poder apenas para requisitar diligências investigatórias e instaurar o inquérito civil, nos termos do artigo 129, inciso VII, da Constituição. Logo, no entender dos ministros do Supremo Tribunal Federal, não caberia aos membros do *Parquet* inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime, mas tão somente requisitar a diligência nesse sentido à autoridade competente²⁸⁵. O entendimento, então, foi de que nem mesmo a circunstância de o investigado ser policial justifica a prática de atos investigativos pelo Ministério Público, atribuição exclusiva da polícia judiciária²⁸⁶.

No julgamento do Inquérito n. 1.957 (2005), instaurado para investigar a prática do crime de dispensa irregular de licitação, descrito no artigo 89 da Lei 8.666/93, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, após discutir a possibilidade de o *Parquet* realizar diretamente a oitiva de testemunhas durante a fase investigativa, alterou o seu entendimento inicial, para

²⁸⁴ O acórdão foi assim ementado: “CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. MINISTÉRIO PÚBLICO: ATRIBUIÇÕES. INQUÉRITO. REQUISICÃO DE INVESTIGAÇÕES. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. C.F., art. 129, VIII; art. 144, §§ 1º e 4º. I. - Inocorrência de ofensa ao art. 129, VIII, C.F., no fato de a autoridade administrativa deixar de atender requisição de membro do Ministério Público no sentido da realização de investigações tendentes à apuração de infrações penais, mesmo porque não cabe ao membro do Ministério Público realizar, diretamente, tais investigações, mas requisitá-las à autoridade policial, competente para tal (C.F., art. 144, §§ 1º e 4º). Ademais, a hipótese envolvia fatos que estavam sendo investigados em instância superior. II. - R.E. não conhecido”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 205.473/AL. Segunda Turma. Recorridos: Ministério Público Federal e União. Relator: Ministro Carlos Velloso. DJ de 19 de março de 1999. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1653308>. Acesso em: 13 jun 2014.

²⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo n. 314, 23 de junho a 1º de julho de 2003, p. 4.

²⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 81.326/DF. Segunda Turma. Recorrente: Marco Aurélio Vergílio de Souza. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Nelson Jobim. DJ de 1º de agosto de 2003. Inteiro teor do acórdão disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102770>. Acesso em: 13 jun 2014.

permitir, excepcionalmente, a investigação ministerial.

O ministro relator, Carlos Velloso, destacou que, em conformidade com o artigo 144, § 1º e § 4º, da Constituição, não compete ao Ministério Público realizar diretamente investigações penais, mas requisitá-las à autoridade policial competente. A ele incumbe promover a ação penal pública, na forma da lei, e o inquérito civil e a ação civil pública, não lhe cabendo fazer as vezes da Polícia Federal e da Polícia Civil. Por outro lado, afirmou que, de acordo com jurisprudência firmada no Supremo, a instauração do inquérito policial é prescindível à propositura da ação penal pública, de forma que o Ministério Público, para formar sua convicção, pode valer-se de outros elementos de prova. Diante disso, salientou não haver impedimento para que o Ministério Público efetue a colheita de determinados depoimentos, quando, tendo conhecimento fático do indício de autoria e da materialidade do crime, tiver notícia, diretamente, de algum fato que mereça ser elucidado²⁸⁷.

Este entendimento foi confirmado no julgamento do Habeas Corpus n. 91.661 (2009)²⁸⁸. Na ocasião, a Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da

²⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 1.957/PR. Tribunal Pleno. Autor: Ministério Público Federal. Investigados: André Zacharow e outros. Relator: Ministro Carlos Velloso. DJ de 11 de maio de 2005. Inteiro teor do acórdão disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80669>. Acesso em: 9 jun 2014. A mesma tese já havia sido defendida, embora de forma mais tímida, pelo ministro Carlos Velloso, no Habeas Corpus n. 83.463. Na ocasião, em que apurada a prática do crime de corrupção ativa, afirmou-se que a realização direta de atos investigatórios isolados por membro do Ministério Público, tais como a oitiva de testemunhas, não gera, por si só, nulidade da ação penal. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 83.463/RS. Segunda Turma. Pacientes: João Antônio Belizário Leme e outros. Relator: Ministro Carlos Velloso. DJ de 4 de junho de 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79358>. Acesso em: 16 jun 2014.

²⁸⁸ Eis a ementa do acórdão: “HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. EXISTÊNCIA DE SUPORTE PROBATÓRIO MÍNIMO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. POSSIBILIDADE DE INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. DELITOS PRATICADOS POR POLICIAIS. ORDEM DENEGADA. 1. A presente impetração visa o trancamento de ação penal movida em face dos pacientes, sob a alegação de falta de justa causa e de ilicitude da denúncia por estar amparada em depoimentos colhidos pelo ministério público. 2. A denúncia foi lastreada em documentos (termos circunstanciados) e depoimentos de diversas testemunhas, que garantiram suporte probatório mínimo para a deflagração da ação penal em face dos pacientes. [...] 5. É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da *opinio delicti*. 6. O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao *parquet* a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia. 7. Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos “poderes implícitos”, segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim - promoção da ação penal pública - foi outorgada ao *parquet* em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que “peças de informação” embasem a denúncia. 8. Cabe ressaltar, que, no presente caso, os delitos descritos na denúncia teriam sido praticados por policiais, o que, também, justifica a colheita dos depoimentos das vítimas pelo Ministério Público. 9. Ante o exposto, denego a ordem de habeas corpus”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 91.661/PE. Segunda Turma. Pacientes: Andreick Fontes Moura e outros. Relatora: Ministra Ellen Gracie. DJ de 3 de abril

ordem, destacando que a situação subjacente, em que delegados e agentes da Polícia Civil são acusados, enquadra-se nas exceções admitidas de modo quase unânime pela doutrina, em que a qualidade do investigado aconselha uma atuação mais efetiva do Ministério Público, a fim de evitar eventuais interferências abusivas no curso das investigações, decorrentes da própria posição do acusado em sua corporação²⁸⁹.

A questão voltou a ser discutida no Habeas Corpus n. 83.634 (2012). A Procuradoria-Geral da República, em seu parecer, destacou que a Constituição, ao atribuir à polícia federal a exclusividade para o exercício da Polícia Judiciária da União, visou excluir a prática de atos investigativos por outras corporações policiais, não a atribuição privativa da Polícia Federal para, em detrimento da atuação do Ministério Público, realizar investigações. Tanto assim que a redação não foi repetida em relação às polícias estaduais. No entender da Procuradoria, a atribuição para produzir investigações é desdobramento da titularidade do Ministério Público para a ação penal pública, donde advém a legitimidade para requisitar informações e diligências investigatórias nos procedimentos administrativos que instaurar, nos termos do artigo 129, incisos VI e VIII, da Constituição²⁹⁰. Em 27 de junho de 2012, o Plenário do Supremo Tribunal Federal resolveu questão de ordem no citado Habeas Corpus para determinar que se aguardasse, na Segunda Turma, o julgamento final pelo Plenário da Suprema Corte do RE 593.727²⁹¹, que será apresentado adiante.

No Habeas Corpus n. 84.548 (2013), também houve pleito de trancamento da ação penal, sob o argumento de que a denúncia teria sido

apoiada em procedimento investigatório criminal realizado pelo próprio Ministério Público, de forma ilegal, porque sem qualquer controle do Poder Judiciário e de modo unilateral, à míngua de legitimidade para operar diretamente em diligências²⁹².

de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=584784>. Acesso em: 13 jun 2014.

²⁸⁹ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. Parecer n. 4.449. Mario José Gisi, p. 9-10.

²⁹⁰ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. Parecer n. 196.467. Edson Oliveira de Almeida, p. 27.

²⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Folha de andamento processual disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2175212>. Acesso em: 13 jun 2014.

²⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 84.548/SP. Tribunal Pleno. Paciente: Sérgio Gomes da Silva. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ de 15 de fevereiro de 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2229923>. Acesso em: 13 jun 2014.

Antes de chegar ao Supremo, questão foi enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça, que destacou ter sido a atuação ministerial auxiliar, em complemento às investigações policiais, uma vez que os elementos que serviram de base à denúncia e ao seu aditamento provieram preponderantemente, dos trabalhos da Polícia Judiciária e, de modo complementar, do Parquet Estadual. A interpretação dessas provas pelas duas instituições é que foi diferente. Enquanto a Polícia Civil entendeu tratar-se de crime de homicídio, o Ministério Público concluiu referir-se ao crime de homicídio. No Supremo, a Procuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem, reforçando a tese da possibilidade de investigação pelo Parquet. Destacou mais uma vez que a atribuição para produzir investigações é desdobramento da titularidade do Ministério Público para a ação penal pública.

Em seu voto vista, Luiz Fux assentou a legitimidade do Ministério Público para o início das investigações. No seu entender, a Constituição assegura o livre exercício das funções institucionais do Ministério Público, consagradas sua autonomia e independência. A ausência de menção, no Código de Processo Penal de 1941, a modelo de investigação preliminar presidida por promotor decorreria da inexistência das garantias asseguradas hoje aos membros do Ministério Público. Não haveria razão para alijar o Ministério Público da condução dos trabalhos que precedessem o exercício da ação penal de que seria titular. Além de compatível com a Constituição, a investigação direta pelo *Parquet* proporciona plena observância do princípio da obrigatoriedade, a militar em favor dos direitos fundamentais do sujeito passivo da persecução penal. Em consequência, evitam-se delongas desnecessárias no procedimento prévio e proporciona-se contato maior do *dominus litis* com os elementos que informam seu convencimento. Assegura-se, ademais, a independência na condução dos trabalhos investigativos, mormente quando a referida atividade tem por escopo a apuração de delitos praticados por policiais.

Destacou, ainda, Luiz Fux, que a adoção de processo hermenêutico sistemático induz à conclusão de que o Ministério Público pode, ainda que em caráter subsidiário e sem o intuito de se substituir à polícia, realizar investigações criminais. O artigo 144 da Constituição combinado com o artigo 4º, parágrafo único, do Código de Processo Penal²⁹³ conduz à exegese de legitimidade na atuação do órgão ministerial. Por fim, propôs o ministro diretrizes para o procedimento investigativo conduzido diretamente pelo Ministério Público²⁹⁴ e enfatizou que a atuação do órgão ministerial deve ser concorrente ou subsidiária e ocorrer quando não for possível ou recomendável a atuação da própria polícia. Depois disso, pediu

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. Parecer n. 206.777. Edson Oliveira de Almeida, p. 8.

²⁹³ “Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função”. BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941.

²⁹⁴ Segundo Luiz Fux, o inquérito policial deverá: “a) observar, no que couber, os preceitos que disciplinam o inquérito policial e os procedimentos administrativos sancionatórios; b) ser identificado, autuado, numerado, registrado, distribuído livremente e, salvo nas hipóteses do art. 5º, XXXIII e LX, da CF, público. A decisão pela manutenção do sigilo deve conter fundamentação; e c) ser controlado pelo Poder Judiciário e haver pertinência entre o sujeito investigado com a base territorial e com a natureza do fato investigado”. O ato de instauração, por sua vez, deverá: “a) formalizar o ato investigativo, delimitados objeto e razões que o fundamentem; e b) ser comunicado imediata e formalmente ao Procurador-Chefe ou ao Procurador-Geral. Além dessas diretrizes: a) devem ser juntados e formalizados todos os atos e fatos processuais, em ordem cronológica, principalmente diligências, provas coligidas, oitivas; b) deve ser assegurado o pleno conhecimento dos atos de investigação à parte e ao seu advogado, nos termos da Súmula Vinculante 14 (‘É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa’); e c) deve haver prazo para conclusão do procedimento investigativo e controle judicial quanto ao arquivamento”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo n. 693, de 17 a 19 de dezembro de 2012.

vista dos autos o ministro Ricardo Lewandowski²⁹⁵.

O pedido ainda não foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal. O quadro atual do julgamento é o seguinte: votos dos ministros Cármen Lúcia e Ayres Britto pela denegação da ordem, de Celso de Mello, Gilmar Mendes, Sepúlveda Pertence e Luiz Fux pela concessão parcial do pedido, pedido de vista dos autos pelo ministro Ricardo Lewandowski e não participação da votação dos ministros Teori Zavascki e Dias Toffoli, por sucederem, respectivamente, os ministros Cezar Peluso (relator) e Sepúlveda Pertence, com votos proferidos em assentada anterior²⁹⁶.

No Recurso Extraordinário n. 593.727 (2013) também se discute a “constitucionalidade, ou não, da realização de procedimento investigatório criminal pelo Ministério Público”²⁹⁷, diante da alegação do recorrente de que o acórdão do Tribunal de Justiça local teria violado os artigos 5º, incisos LIV e LV, 129, incisos III e VIII, e 144, § 1º, inciso IV e § 4º, da Constituição.

Atualmente, o processo está pendente de julgamento²⁹⁸, mas já com alguns indicativos do que será decidido pela Suprema Corte. Na decisão, de 27 de agosto de 2009, em que reconhecida a repercussão geral do tema, o ministro Marco Aurélio destacou ter assentado no Habeas Corpus n. 84.548, também pendente de julgamento pelo Supremo, que o Ministério Público tem poderes investigatórios somente na esfera cível, ou seja, no âmbito da ação civil pública. Para lograr elementos próprios à propositura da ação penal, contudo, deve provocar a polícia judiciária, polícia civil ou federal, de acordo com a área pertinente. Fiscaliza ele, isso sim, como está na Constituição, a atividade policial, não podendo substituir-se ao órgão próprio a implementá-la, ou seja, a polícia. Sinalizou, portanto, ser adepto da tese da inconstitucionalidade da investigação criminal direta pelo Ministério Público²⁹⁹.

²⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo n. 693, de 17 a 19 de dezembro de 2012.

²⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Folha de andamento disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2229923>. Acesso em: 10 jun 2014.

²⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 593.727/MG. Tribunal Pleno. Recorrente: Jairo de Souza Coelho. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Cezar Peluso. DJe de 25 de novembro de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=603182>. Acesso em: 16 jun 2014.

²⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Folha de andamento processual disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=593727&classe=RE-RG&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 6 jun 2014.

²⁹⁹ O acórdão foi assim ementado: “RECURSO. Extraordinário. Ministério Público. Poderes de investigação. Questão da ofensa aos arts. 5º, incs. LIV e LV, 129 e 144, da Constituição Federal. Relevância. Repercussão geral reconhecida. Apresenta repercussão geral o recurso extraordinário que verse sobre a questão de constitucionalidade, ou não, da realização de procedimento investigatório criminal pelo Ministério Público”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 593.727/MG. Tribunal Pleno. Recorrente: Jairo de Souza Coelho. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Cezar Peluso. DJe de 25 de novembro de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=603182>. Acesso em: 16 jun 2014.

Em 27 de junho de 2012, o ministro Ricardo Lewandowski acompanhou o voto do ministro Cezar Peluso, para conhecer e dar provimento ao recurso extraordinário, assentando, entretanto, a competência do Ministério Público para realizar diretamente atividades de investigação da prática de delitos, para fins de preparação e eventual instauração de ação penal apenas em hipóteses excepcionais e taxativas. Após os votos dos ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello, Ayres Britto e Joaquim Barbosa, que negavam provimento ao recurso, reconhecendo base constitucional para os poderes de investigação do Ministério Público, pediu vista dos autos o ministro Luiz Fux. Em 15 de fevereiro de 2013, após o voto vista do Luiz Fux, negando provimento ao recurso e reconhecendo a legitimidade do poder investigatório do Ministério Público, modulando os efeitos da decisão, pediu vista dos autos o ministro Marco Aurélio.

O quadro atual da controvérsia, na visão dos ministros que já se manifestaram no Recurso Extraordinário n. 593.727, é, então, favorável à constitucionalidade da investigação criminal direta pelo Ministério Público. Neste sentido, os ministros Luiz Fux, Gilmar Mendes, Celso de Mello, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski. Os dois últimos destacaram, contudo, que a investigação apenas deve ocorrer em hipóteses excepcionais. Apenas o ministro Marco Aurélio parece sustentar a inconstitucionalidade dos atos investigativos realizados diretamente pelo *Parquet*. Em suma: dos onze ministros do Supremo, três ainda não se manifestaram, apenas um parece ser contrário à investigação ministerial direta, enquanto sete são favoráveis³⁰⁰.

No decorrer destes dezesseis anos, lapso temporal entre o primeiro e o último dos sete precedentes listados como resultado da pesquisa qualitativa aqui realizada, houve nítida e correta, embora ainda tímida, evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Antes considerada inconstitucional, mesmo que em hipóteses excepcionais; hoje, a investigação criminal realizada pelo Ministério Público tem sido admitida pela Corte Constitucional, especialmente quando os investigados são policiais.

O fato de a polícia, no Brasil, integrar a estrutura do Poder Executivo, muitas vezes, acabar por vincular a direção e o resultado das investigações aos “interesses”, nem sempre legítimos, do poder constituído. A teleologia desse entendimento jurisprudencial é aplicável, *mutatis mutandis*, às discussões sobre o implemento do Estatuto de Roma pelo Brasil. Com efeito, a circunstância de os investigados sujeitos à jurisdição do Tribunal Penal Internacional serem, em regra, autoridades estatais é mais um motivo para se admitir a

³⁰⁰ Importante destacar que, destes sete, três ministros já se aposentaram: Ayres Britto, Joaquim Barbosa e Cezar Peluso.

investigação pelo Gabinete do Procurador da Corte Criminal. Ademais, permitir a investigação ministerial no âmbito interno implica dar ao Ministério Público brasileiro poderes de investigação que poderão servir, em última análise, para auxiliar o Procurador do Tribunal Penal Internacional em casos internacionais e, assim, viabilizar o cumprimento do dever de cooperação internacional pelo Brasil.

3.2.2.2. A possibilidade de investigação direta pelo Ministério Público e a Proposta de Emenda à Constituição n. 37/2011

No dia 8 de junho de 2011 foi apresentada à Câmara dos Deputados a Proposta de Emenda à Constituição n. 37/2011 (PEC 37)³⁰¹, que acrescenta o § 10 ao artigo 144 da Constituição, com o objetivo de definir a competência para a investigação criminal pelas polícias federal e civil dos Estados e do Distrito Federal, nos seguintes termos: “A apuração das infrações penais de que tratam os §§ 1º e 4º deste artigo incube privativamente às polícias federal e civis dos Estados e do Distrito Federal, respetivamente”³⁰².

De acordo com os proponentes, o novo dispositivo visa a suprir a ausência de regras claras definindo a atuação dos órgãos de segurança pública, o que tem causado sérios problemas penais e prejudicado a instrução processual, além de suscitar questionamentos perante o Judiciário brasileiro, em decorrência de procedimentos informais de investigação conduzidos sob condições que contrariam o Estado de Direito vigente. Segundo sustentam, o exercício da atividade investigatória de crimes extrapola a missão institucional do Ministério Público, que se trata de órgão acusatório, e não investigativo. Alinham-se, assim, os autores da proposta ao entendimento de Alberto José Tavares Vieira da Silva de que o êxito das investigações criminais depende de “conhecimentos técnico-científicos de que não dispõem os integrantes do Ministério Público e seu corpo funcional. As instituições policiais são as únicas que contam com pessoal capacitado para investigar crimes e, dessarte, cumprir com a missão que lhe outorga o artigo 144 da Constituição Federal”³⁰³.

Ao longo do processo legislativo, foram realizadas audiências públicas que

³⁰¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição n. 37/2011. Autor: Lourival Mendes. Ementa: Acrescenta o § 10 ao art. 144 da Constituição Federal para definir a competência para a investigação criminal pelas polícias federal e civis dos Estados e do Distrito Federal. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=507965>. Acesso em: 17 jun 2014.

³⁰² BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição n. 37/2011. Autor: Lourival Mendes. Ementa: Acrescenta o § 10 ao art. 144 da Constituição Federal para definir a competência para a investigação criminal pelas polícias federal e civis dos Estados e do Distrito Federal. Inteiro teor da proposta disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CF08457D0B4E4AE475A09844C67849FA.proposicoesWeb1?codteor=969478&filename=Tramitacao-PEC+37/2011. Acesso em: 17 jun 2014.

³⁰³ SILVA, Alberto José Tavares Vieira da. **Investigação criminal: competência**. São Luís: Lithograf, 2007, p. 46.

contaram com a participação importante de associações, órgãos e institutos ligados à temática³⁰⁴, com o intuito de abordar e confrontar as teses apresentadas. A proposta gerou comoção não apenas institucional, como social, inclusive com manifestações populares e abaixo-assinados favoráveis e contrários à sua aprovação. Nos debates, foi destacada a atuação do Ministério Público nas operações realizadas pelo país afora, especialmente focadas no crime organizado e na corrupção. Ressaltou-se, ademais, que a solução do caso deveria ir além das discussões institucionais sobre quem detém ou não a titularidade de determinado ato, para se atentar mais à circunstância de que Ministério Público e Polícia devem conjugar esforços para que elementos necessários à persecução penal sejam coligidos. Não se trata de medir forças ou analisar quem produz a melhor prova, mas sim de agregar às investigações elementos de autoria e de prova da materialidade, de modo a subsidiar a persecução penal da maneira mais eficaz possível³⁰⁵. Diversos foram os fundamentos indicados para a rejeição da proposta, dentre os quais se destacam os seguintes.

Limitar a investigação ao âmbito da Polícia pode representar a falência e a ineficácia do direito penal, que já demonstra sinal de fraqueza na execução da pena; e, caso aprovada a proposta, terá atingida também a pretensão punitiva em sua origem, com o abarrotamento das Delegacias de Polícia, a seletividade investigativa e a impossibilidade de o Ministério Público adotar posturas diligentes e eficazes. Sobre o ponto, destacou Luis Antônio de A. Boundes, representante da Federação Nacional dos Policiais Federais, que a PEC 37 deveria ser rejeitada em atenção à estrutura interna da polícia federal e aos dados sobre a eficácia do inquérito policial no Brasil, com baixos indicadores, por exemplo, de solução de homicídios em diversas metrópoles, que, a seu ver, evidenciam a ineficácia do instrumento e desautorizam que lhe seja conferida exclusividade³⁰⁶.

³⁰⁴ Foram ouvidos, dentre outros, representantes das Embaixadas da França, da Alemanha e de Portugal, que apresentaram o sistema de investigação criminal desses países, o Coordenador Nacional do Movimento Nacional de Direitos Humanos, o Ministro da Justiça, o Presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros, o Presidente da Federação Nacional dos Policiais Rodoviários Federais, o Presidente da Federação Nacional dos Policiais Federais, Advogados Constitucionalistas, o Presidente da Federação Interestadual dos Policiais Cíveis, o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Desembargadores, a Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, a Associação Nacional dos Procuradores da República, o Departamento de Polícia Federal, o Conselho Nacional dos Chefes de Polícia Civil, Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Secretário da Reforma do Judiciário/MJ. Informação disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=507965>. Acesso em: 17 jun 2014.

³⁰⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição n. 37/2011. Autor: Lourival Mendes. Comissão Especial destinada a proferir parecer à Proposta de Emenda à Constituição n. 37 de 2011. Voto em separado do Deputado Alessandro Molo. Novembro de 2012. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CF08457D0B4E4AE475A09844C67849FA.proposicoesWeb1?codteor=1041184&filename=Tramitacao-PEC+37/2011. Acesso em: 17 jun 2014.

³⁰⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição n. 37/2011. Autor: Lourival Mendes. Comissão Especial destinada a proferir parecer à Proposta de Emenda à Constituição n. 37 de 2011. Ementa

Argumenta-se, ademais, que a exclusão objetiva e indistinta da faculdade investigativa do Ministério Público representa verdadeiro retrocesso constitucional. A ordem constitucional vem amadurecendo de modo a não deixar que se criem “superpoderes” em relação aos órgãos que compõem o Estado Democrático de Direito. Exemplo disso é a criação dos conselhos fiscais, como o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). São imprescindíveis o controle, a intervenção e a fiscalização externa, para que orientações internas, fruto de uma visão corporativista, não orientem o caminho trilhado pela administração. Aliás, lembrando-se do CNMP é que se afastam as teses despreziosas de que o Ministério Público, quando exerce a atividade investigativa, o faz sem qualquer controle ou fiscalização. Ao CNMP compete o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros.

Em síntese, esses foram os principais argumentos que permearam as discussões do tema no âmbito do Poder Legislativo. Em 25 de junho de 2013, o Plenário da Câmara rejeitou a proposta, com a seguinte votação: 9 votos a favor, 430 votos contrários e 2 abstenções. Assentou-se, assim, tal como tem feito o Judiciário brasileiro, a possibilidade da prática de atos de investigação pelo Ministério Público.

3.2.3. Princípio da obrigatoriedade

O princípio da obrigatoriedade, característica dos países que adotam o sistema penal romano-germânico, dispõe que, uma vez presentes os elementos constitutivos da prática de uma conduta penalmente típica, deve o órgão acusatório propor a ação penal, não lhe cabendo a opção de não exercê-la. Opõe-se, assim, à discricionariedade e à oportunidade, estas marcadas pelo não exercício motivado da persecução penal³⁰⁷.

O microssistema criado pelo Estatuto de Roma, ao permitir que o Procurador deixe de instaurar a ação penal mesmo quando presentes os requisitos para tal, consagrou um protótipo ministerial menos engessado ao princípio da obrigatoriedade da ação penal. Diante disso, é necessário perquirir se a concessão de certa discricionariedade à atividade do Ministério Público viola o princípio citado.

Substitutiva do Deputado Fábio Trad, p. 13. Junho de 2012. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CF08457D0B4E4AE475A09844C67849FA.proposicoesWeb1?codteor=1001565&filename=Tramitacao-PEC+37/2011. Acesso em: 17 jun 2014.

³⁰⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. O Ministério Público e o Tribunal Penal Internacional – Análise do Tratado de Roma. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (orgs.). **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 305-321, p. 307.

A conveniência e oportunidade colocadas nas mãos do Procurador suscitam a necessidade de maior controle de sua atuação, o que também é garantido pelo Estatuto. Esse controle, de acordo com Fauzi Hassan Chourkr, pode ser endógeno ou exógeno. O primeiro consiste no controle interno no próprio Ministério Público³⁰⁸. Assim é que o artigo 53 (4) prevê a possibilidade de o Procurador, a todo o momento, reconsiderar a sua decisão de abrir um inquérito ou proceder criminalmente, com base em novos fatos ou novas informações. Ainda, o artigo 42 do Estatuto estrutura o Gabinete do Procurador nas figuras do Procurador e dos Procuradores-Adjuntos. O segundo é aquele exercido pelo Judiciário. Quanto a este, o chamado controle exógeno ou jurisdicional, a opção feita na Conferência de Roma foi por uma solução mista, ora sem a obrigatoriedade de propositura da ação, com mero pedido do juízo de instrução para que o órgão ministerial revise a decisão de arquivamento da representação, nos termos do artigo 53 (3) (a), ora com a possibilidade de impô-la, nos termos do artigo 53 (3) (b)³⁰⁹. Kai Ambos, por sua vez, menciona, além do controle jurisdicional, o controle prévio de matriz política, que pode ser realizado pelo Conselho de Segurança da ONU³¹⁰. Pode-se, ademais, falar em um controle póstumo do Conselho de Segurança, com base no artigo 16 do Estatuto de Roma, que permite que o órgão das Nações Unidas suspenda o processo criminal por um ano.

Independentemente da classificação ou modalidade de controle, o que se verifica é que se pretendeu com ele “moldar a discricionariedade do Procurador”³¹¹ e, assim, “evitar ao máximo que fatos graves quedassem sem investigação ou acusação”³¹². Não se pode, portanto, desconsiderar a circunstância de que a propositura ou não da ação penal pelo Ministério Público está sujeita a controle, o que reforça a legitimidade da mitigação ao princípio da obrigatoriedade.

Além disso, convém salientar que a margem de discricionariedade concedida ao órgão ministerial é aceitável, uma vez que não se trata de uma discricionariedade absoluta,

³⁰⁸ CHOUKR, Fauzi Hassan. O Ministério Público e o Tribunal Penal Internacional - Análise do Tratado de Roma. In: CHOUKR, Fauzi Hassan e AMBOS, Kai (orgs.). Tribunal Penal Internacional. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2000, p. 305-321, p. 308. Há, contudo, quem refute a estrutura de controle interno-hierárquico do Ministério Público, c.f.: DIAS, Jorge Figueiredo. **Le rôle du Ministère Public en justice penale: une approche criminologique. The role of public prosecutor in criminal justice, according to the different constitutional systems**. Bolonha: Scientifihe Lo Scarabeo, 1996, p. 8.

³⁰⁹ As duas situações serão detalhadas no item 3.3.4 da dissertação.

³¹⁰ AMBOS, Kai. **International Criminal Procedure: adversarial, inquisitorial or mixed**. Netherlands: Kluwer Law International, 2003, p. 9.

³¹¹ Tradução livre da autora. BROOMSHALL, Bruce. The International Criminal Court: overview and cooperation with states. In: **Nouvelles Études Pénales, 13 quater. Association Internationale de Droit Pénal**, p. 70, 1999.

³¹² CALABRICH, Bruno. O Ministério Público no Tribunal Penal Internacional. In: **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, ano 6, n. 33, p. 23-31, p. 27, ago. /set. 2005.

mas regradada ou vinculada, ou seja, que somente pode ser exercida quando pautada nos requisitos dispostos no Estatuto de Roma e desde que de forma motivada. A sistemática, aliás, é semelhante à adotada no sistema processual penal brasileiro. No ordenamento jurídico pátrio também é possível ao Ministério Público arquivar o inquérito policial ou as peças de informação, por falta de base para a denúncia, nos termos descritos no artigo 18 do Código de Processo Penal (CPP). A decisão ministerial, tal qual ocorre no Tribunal Penal Internacional, sujeita-se aos controles interno e externos, de acordo com o disposto no artigo 28 do CPP.

Assim, estando o Ministério Público do Tribunal Penal Internacional, diante de uma das hipóteses previstas no Estatuto de Roma, não haverá óbice para que decida, de forma fundamentada, por não dar seguimento à persecução penal, inexistindo, na sua atuação, afronta ao princípio da obrigatoriedade.

3.2.4. Independência e imparcialidade do Ministério Público perante o TPI

Como destacou o ministro Luiz Fux, no já citado Habeas Corpus n. 84.548, a falta de menção, no Código de Processo Penal brasileiro de 1941, ao modelo de investigação preliminar presidida por promotor decorre da inexistência das garantias hoje asseguradas ao órgão ministerial³¹³. O quadro atual, diferentemente do que ocorria em 1941, é de uma Constituição que prevê o livre exercício das funções institucionais do Ministério Público e, para isso, consagra sua autonomia e independência. Esta realidade, de ausência de garantias do *Parquet*, também não se verifica no âmbito do Direito Internacional. O Estatuto de Roma, em diversos dispositivos, assegura a independência e imparcialidade do Ministério Público perante o Tribunal Penal Internacional, o que reforça a constitucionalidade da sua atuação nos moldes em que ali estabelecido. Já no momento de estabelecer as regras sobre a escolha do Procurador, o Estatuto de Roma preceitua que será realizada por meio de votação secreta pela maioria absoluta dos Estados partes, o que lhe confere maior legitimidade do que se fosse indicado por apenas um Estado ou pelo Conselho de Segurança da ONU³¹⁴. E assim o faz em diversas outras normas sobre a atuação e o funcionamento do Gabinete do Procurador.

O princípio da independência, consagrado no artigo 42 (1) do Estatuto de Roma, foi assumido desde o projeto apresentado pela Comissão de Direito Internacional e mantido no texto final com apenas alguns ajustes formais. Como afirma João Manuel da Silva Miguel,

³¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo n. 693, de 17 a 19 de dezembro de 2012.

³¹⁴ O argentino Luiz Moreno Ocampo foi escolhido para ser o primeiro Procurador do Tribunal Penal Internacional, com mandato até 2012. Sua sucessora, também escolhida por votação da Assembleia dos Estados partes, em 15 de junho de 2012, para um mandato de nove anos, é a africana Fatou Bensouda.

a importância da independência do órgão ministerial,

quer quanto aos demais órgãos do Tribunal, quer quanto a quaisquer outras entidades externas, foi uma das preocupações fundamentais dos negociadores do Tratado e esteve intimamente ligada com o complexo de poderes que lhe foram atribuídos e em particular o poder de, oficiosamente, instaurar o inquérito³¹⁵.

Também os artigos 42 (2) e 53 (3) e (4) do Estatuto destacam o princípio da independência. De acordo com o artigo 42 (2), o Procurador goza de plena autoridade para dirigir e administrar o seu gabinete, incluindo o pessoal, as instalações, e outros recursos. Estabeleceu-se, destarte, sua autonomia administrativa como corolário da independência funcional. Em 5 de setembro de 2013, entrou em vigor o Código de Conduta do Gabinete do Procurador, onde estão especificados, dentre outros, seus deveres, atribuições, princípios e forma de atuação perante o Tribunal. Sobre a independência, prevê, no artigo 21, que o *“prosecutor acts independently as a separate Organ of the Court in the execution of its mandate. Members of the Office shall exercise their functions free of any external influences, inducements, pressures, threats or interference, direct or indirect.”*³¹⁶ Quanto à imparcialidade, prescreve o Código de Conduta, no artigo 26, que *“impartial conduct encompasses the fair-minded and objective treatment of persons and issues, free from any bias or influence”*³¹⁷.

No plano específico das funções, dispõe o artigo 53 (3) (a) do Estatuto que, a pedido do Estado que tiver submetido o caso ao Tribunal ou do Conselho de Segurança, o Juízo de Instrução poderá examinar a decisão do Procurador de arquivamento da representação e solicitar-lhe que reconsidere essa decisão. A independência é ressaltada nesta possibilidade na medida em que não terá o juízo de instrução poderes para substituir a decisão do Procurador, caso este, baseado em seu convencimento sobre os fatos, insista em não abrir o inquérito e prosseguir com a persecução penal. Como afirma Bruce Broomshall, a jurisdicionalização de uma decisão do Procurador é destinada a moldar a sua discricionariedade, mas não tem o condão de minar-lhe a independência³¹⁸. Assim, seja pelo pedido de reconsideração, seja pelo juízo de confirmação sobre a não abertura do inquérito,

³¹⁵ MIGUEL, João Manuel da Silva. O Ministério Público no Tribunal Penal Internacional. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 37, p. 22-23, 2002.

³¹⁶ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Gabinete do Procurador. Código de Conduta do Gabinete do Procurador. 5 de setembro de 2013. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/docs/Code%20of%20Conduct%20for%20the%20office%20of%20the%20Prosecutor.pdf>. Acesso em: 21 jun 2014.

³¹⁷ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Gabinete do Procurador. Código de Conduta do Gabinete do Procurador. 5 de setembro de 2013. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/docs/Code%20of%20Conduct%20for%20the%20office%20of%20the%20Prosecutor.pdf>. Acesso em: 21 jun 2014.

³¹⁸ BROOMSHALL, Bruce. The International Criminal Court: overview and cooperation with states. In: **Nouvelles Études Pénales**, 13 quater. **Association Internationale de Droit Pénal**, p. 70, 1999.

positivou-se de forma clara a inexistência de subordinação do Ministério Público ao Tribunal. Ambos se encontram no mesmo plano institucional, são imbuídos de funções diversas, característica do sistema acusatório³¹⁹.

O Estatuto não se limitou a prever essas características, elencou mecanismos concretos, dispostos no mesmo artigo 42, que asseguram a imparcialidade e a independência dos membros do Gabinete do Procurador. Trata-se das vedações, impedimentos e garantias. Como vedação, o Procurador e os Procuradores-Adjuntos não poderão desenvolver “qualquer atividade que possa interferir no exercício das suas funções ou afetar a confiança na sua independência”³²⁰. Os procuradores estão também proibidos de exercer qualquer outra função de caráter profissional. Estabeleceu-se, destarte, um regime de exclusividade para o exercício da atividade ministerial perante o TPI.

Quanto aos impedimentos, o Estatuto dispõe que os procuradores são impedidos de participar de qualquer processo em que, por qualquer motivo, a sua imparcialidade possa ser posta em causa. Entre outros motivos, serão recusados, por exemplo, os procuradores que tiverem intervindo anteriormente, a qualquer título, em algum caso submetido ao Tribunal ou em procedimento relativo a crime conexo em âmbito nacional, que envolva a pessoa objeto do inquérito ou do procedimento criminal. Verifica-se, assim, a preocupação em assegurar, da forma mais ampla possível e sem limitações pautadas em dispositivos normativos casuísticos, a imparcialidade dos membros do Gabinete³²¹.

No exercício de suas funções, os procuradores gozam, ainda com vistas a garantir-lhes a imparcialidade e independência, dos mesmos privilégios e imunidades reconhecidos aos chefes das missões diplomáticas. Usufruem, portanto, de absoluta imunidade judicial relativamente a suas declarações, orais ou escritas, e aos atos que pratiquem no desempenho de funções oficiais, nos termos do artigo 48 do Estatuto de Roma. Essas chamadas imunidades materiais, no que lhes for compatível, estendem-se até mesmo ao pessoal do Gabinete do Procurador e permanecerão, para fins judiciais, ainda quando expirado o mandato. Assegura-se, ainda, no artigo 48 combinado com o artigo 49 do tratado, a

³¹⁹ CALABRICH, Bruno. O Ministério Público no Tribunal Penal Internacional. In: **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, ano 6, n. 33, p. 23-31, p. 28, ago. /set. 2005. Convém destacar, no entanto, que, no juízo de confirmação do arquivamento previsto no artigo 53 (3) (b) do Estatuto, que condiciona os efeitos da decisão de arquivamento da representação à confirmação pelo juízo de instrução, quando pautada exclusivamente em circunstâncias como na gravidade do crime, nos interesses das vítimas, na idade ou estado de saúde do presumível autor e no grau de participação nos fatos em apuração que levem a crer que o inquérito não serve os interesses da justiça, a independência da atuação do Ministério Público não é absoluta.

³²⁰ Art. 42 (5) do Estatuto de Roma. BRASIL. Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002.

³²¹ CALABRICH, Bruno. O Ministério Público no Tribunal Penal Internacional. In: **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, ano 6, n. 33, p. 23-31, p. 25, ago. /set. 2005.

equiparação da remuneração do Procurador e dos Procuradores-Adjuntos à dos juízes do tribunal e, no artigo 49, a irredutibilidade de vencimentos e subsídios durante o curso do mandato.

Além disso, o artigo 46 do Estatuto de Roma, em complemento a essas regras, permite que Procurador e os Procuradores-Adjuntos sejam afastados do cargo, por decisão da Assembleia dos Estados partes, quando demonstrada a ocorrência de falta grave ou descumprimento das suas funções, e o artigo 47 possibilita a imposição de medidas disciplinares aos membros do *Parquet*.

Por fim, prevê o Estatuto que a presidência do Tribunal poderá, a pedido do Procurador ou de um Procurador-Adjunto, dispensá-lo de intervir em determinado caso. De igual modo, é facultado aos réus e investigados a apresentação de pedido de recusa do Procurador ou de um Procurador-Adjunto, que será decidido pelo juízo de recursos do Tribunal. O artigo 54 (1) (a) do Estatuto de Roma, por sua vez, dispõe que, na busca da verdade dos fatos, o Procurador “investigará, de igual modo, as circunstâncias que interessam quer à acusação, quer à defesa”³²², o que revela um órgão comprometido com a busca da verdade, não simplesmente com a condenação do acusado. Consequentemente, um órgão imparcial.

Diante da indubitável existência de mecanismos que asseguram não apenas aos membros do *Parquet*, mas ao próprio acusado, o exercício livre e desimpedido da função de colheita dos elementos de prova para a acusação, não há falar em violação aos princípios da independência ou imparcialidade, tampouco em afronta ao que dispõe a Constituição brasileira a respeito das atribuições do Ministério Público no processo penal. Há, sim, que indagar-se: a quem convém que o poder do Ministério Público no Tribunal Penal Internacional seja diminuído?

3.3. Exceção à coisa julgada

O artigo 20 do Estatuto de Roma estabelece que ninguém será julgado pelo TPI por fatos pelos quais já tenha respondido frente ao Tribunal. O julgamento pelo TPI também impede novo julgamento pelo mesmo fato por um tribunal nacional, da mesma maneira que os julgamentos nacionais impedem um novo julgamento pelo TPI. A última hipótese, contudo, comporta exceção. Será possível o julgamento pelo Tribunal Penal Internacional de indivíduo julgado por outro tribunal, caso o primeiro processo tenha visado a excluir a responsabilidade

³²² BRASIL. Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002.

penal por crimes da sua competência, ou não tenha sido conduzido de forma independente e imparcial.

O ordenamento jurídico brasileiro, por sua vez, assegura que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art. 5º, XXXVI, da CF).

Surge, destarte, o questionamento acerca da compatibilidade da norma do artigo 20 do Estatuto de Roma com a Constituição: último desafio procedimental aqui apresentado.

A incompatibilidade é apenas aparente, pois a natureza da sentença penal proferida pelo tribunal nacional é que justifica a exceção contida no Estatuto de Roma. Se o processo foi conduzido com o fim de garantir a impunidade do agente ou a aplicação de pena menos grave que a realmente devida, o que se tem, na verdade, “é um simulacro de processo, incapaz de gerar uma sentença válida, em razão da inobservância dos princípios do juiz natural (entendido como juiz imparcial) e do devido processo legal”³²³. Tal sentença não deve gozar da mesma proteção conferida às decisões regulares, não se justificando atribuir-lhe a qualidade de coisa julgada. Como afirma Maria Thereza de Assis Moura, “o claro propósito de subtrair o acusado do julgamento justo, limitando-se a realizar simulacro de processo, permite que se considere como juridicamente inexistente a coisa julgada formada anteriormente”³²⁴.

Dessa forma, o vício insanável da sentença proferida por tribunal nacional é que torna inoperante o efeito da imutabilidade, permitindo o processo internacional, sem que isso implique violação ao *ne bis in idem*. Pode-se dizer, como o faz George Galindo, que:

essa possibilidade prevista no tratado, ao contrário de ser inconstitucional, realiza o primado da Constituição e a garantia de efetivação da justiça. Há, sem dúvida alguma, uma presunção forte de imutabilidade da coisa julgada, mas não há como mantê-la se seus pressupostos violam postulados básicos de justiça. Assim como qualquer ato jurídico, uma decisão transitada em julgado precisa ser válida³²⁵.

Ademais, o ordenamento jurídico brasileiro, ao assegurar o respeito à coisa julgada, em princípio, não o faz de forma absoluta, tanto que são previstas medidas processuais próprias para a sua desconstituição, como a *querela nullitatis*, a ação rescisória e a revisão criminal. Ressalte-se que nem mesmo a vedação da revisão criminal *pro societate*

³²³ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O direito penal internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 123.

³²⁴ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis et alii.. Dificuldades jurídicas e políticas para a ratificação ou implementação do Estatuto de Roma (Relatório – Brasil). In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; WOICHNIL, Jan. **Dificuldades jurídicas e políticas para a ratificação ou implementação do Estatuto de Roma: contribuições da América Latina e da Alemanha**. São Paulo: IBCCRIM, 2006, p. 139-169.

³²⁵ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Art. 5º, § 4 - O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et alii (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 524-533, p. 533.

implica contradição com a regra estatutária. O julgamento do caso pelo Tribunal Penal Internacional não configura revisão do julgado brasileiro, visto que se trata de jurisdições distintas. Como afirma Alexandre Salim, “não há condição de hierarquia entre o TPI e o STF, pois inexistente relação jurídica entre a decisão interna e a decisão internacional”³²⁶. De qualquer forma, convém esclarecer que a admissibilidade da revisão criminal apenas em favor do réu consta da legislação ordinária (artigos 621 a 631 do Código de Processo Penal), e não da Constituição. Assim, diante do *status* hierárquico do Estatuto de Roma na ordem interna, não há falar em incompatibilidade com a Constituição.

Há, ainda, quem defenda a possibilidade de relativização da coisa julgada, sob o argumento de que a busca pela segurança jurídica não pode suplantiar princípios expressos na Constituição, como a prevalência dos direitos humanos, princípio igualmente norteador do TPI³²⁷.

O sistema do Estatuto de Roma, no que se refere à relativização da coisa julgada nacional, é, então, compatível com a Constituição.

³²⁶ SALIM, Alexandre Aranalde. O Tribunal Penal Internacional e a ordem constitucional brasileira. In: **Revista da AJURIS**, ano 34, n. 16, p. 9-20, p. 13, jun. 2007.

³²⁷ MANTOVANI, Renata de Lima; BRINA, Marina Martins da Costa. **Coleção para entender: o Tribunal Penal Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

Conclusão

A importância do Tribunal Penal Internacional é inegável. Suas regras demonstram a preocupação em, buscando a paz e a segurança universais, reparar ou minimizar os danos sofridos pelas vítimas, evitar a impunidade dos agentes responsáveis pelas mais graves violações dos direitos humanos e servir de estímulo para que novas condutas sejam evitadas.

No âmbito interno, o Brasil, desde a Constituição de 1988, já propugnava, no artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, pela criação de um tribunal internacional dos direitos humanos, que pode ser lido como apoio ao TPI. O Estatuto de Roma foi ratificado e, posteriormente, promulgado no País, por meio do Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002. Optou-se, desse modo, por dar primazia aos anseios da criação de uma corte penal permanente frente a eventuais conflitos com a ordem interna. Apesar disso, a operacionalização dos preceitos do tratado não foi matéria fácil. Mesmo depois de mais treze anos da sua ratificação, as questões abordadas no presente estudo ainda são discutidas. O debate continua...

As respostas e propostas aqui apresentadas não são e nem têm a pretensão de ser definitivas. Todavia, a conclusão alcançada é de que a interpretação sistemática da ordem constitucional - artigos 1º, inciso III, e 4º, incisos II, VI e VII -, o recurso às normas de direito internacional e à evolução jurisprudencial, tanto do Supremo Tribunal Federal quanto da Corte Internacional de Justiça, do TPI, dos tribunais penais que o antecederam, da Corte Europeia de Direitos Humanos e, em especial, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sobre questões ligadas, direta ou indiretamente, ao estudo da constitucionalidade do Estatuto de Roma, é que devem permear as discussões sobre o tema.

Não há razões para o Brasil, em um primeiro momento, prever o princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais, propugnar pela formação de um tribunal de direitos humanos e atestar a sua submissão a Tribunal Penal Internacional a que tenha manifestado adesão, e, depois, utilizar a mesma Constituição para obstaculizar a cooperação com tal órgão internacional. Assim, na ponderação entre as garantias constitucionais asseguradas no sistema penal pátrio e as disposições do Estatuto de Roma, deve-se buscar a máxima efetividade destas últimas, levando-se em conta não apenas o escopo precípua da criação do TPI, mas as regras contidas no próprio texto constitucional, nos tratados, nas decisões internacionais e nos fundamentos que permeiam a defesa dos direitos humanos.

Ademais, a compatibilização entre o direito internacional e o direito interno torna possível o exercício da jurisdição primária pelo Brasil, em relação aos crimes sob a competência do TPI, atendendo-se aos compromissos assumidos pelo País no plano do direito internacional e ao princípio constitucional da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais. Destarte, não se pode perder de vista que tanto a Constituição quanto as normas do Estatuto de Roma têm uma finalidade em comum, que é a proteção do ser humano.

Passa-se, agora, a rememorar o caminho percorrido para se chegar a tais conclusões.

A pesquisa foi baseada em duas hipóteses principais. A primeira delas é de serem justificáveis e plausíveis os fundamentos que justificam o reconhecimento da incompatibilidade do Estatuto de Roma e a Constituição. A partir da prevalência do Direito Interno sobre o Direito Internacional, é possível defender que a supremacia da Constituição e a inafastabilidade das garantias dos acusados, consideradas cláusulas pétreas, impedem o cumprimento de certas regras estatutárias pelo Brasil. A segunda hipótese é de que, embora as justificativas para o reconhecimento da inconstitucionalidade pretendida estejam ligadas, de um lado, à interpretação sistemática da Constituição, de outro, à ideia de soberania, os reais fundamentos do debate devem ser questionados. Por detrás da sua circularidade, revela-se uma dicotomia extremista entre o Direito Internacional e o Direito Interno que precisa ser superada.

A primeira hipótese foi rejeitada e a segunda confirmada, constando-se que a suposta inconstitucionalidade de determinados dispositivos do Estatuto de Roma é um desafio superável. Conseqüentemente, foram traçados os caminhos a serem percorridos para que a “conformação” entre o tratado e a Constituição fosse realizada por meio de argumentos pautados no enfrentamento da dicotomia extremista entre o Direito Internacional e o Direito Interno, na superação do fechamento da cultura jurídica ainda presente no Brasil e na ideia de que a defesa dos direitos humanos pressupõe uma mudança do paradigma de isolamento para o de universalismo e cooperação. Nessa perspectiva, defendeu-se uma abordagem do TPI como instrumento de promoção e defesa dos direitos humanos, interna e externamente, e a importância de o Brasil envidar esforços para cooperar com a Corte Penal.

No primeiro capítulo, foram abordados os reflexos da inconstitucionalidade do Estatuto de Roma. Demonstrou-se que o Tribunal Penal Internacional, a exemplo das construções teóricas de Kant e Kelsen sobre a busca da paz pela força ou pelo direito, é um importante marco no caminho da paz e da segurança universais, que muito já foi por ele realizado e que ainda mais se espera da sua atuação. Em contrapartida, constatou-se, por meio

dos dados obtidos com a pesquisa dos casos sob apreciação do TPI, em especial do expressivo número de investigados foragidos e de pedidos de entrega e detenção não atendidos, que um dos principais problemas enfrentados é a falta de apoio dos Estados partes.

Depois de apresentar indícios de um “desejo de constitucionalidade” do Estatuto pelo Brasil, a conclusão auferida foi de que o debate sobre a compatibilidade do tratado com a Constituição ainda é inacabado e pode contribuir para que o Brasil, pautado no ideal de universalidade e cooperação, que é próprio da defesa dos direitos humanos, supere pressupostos ultrapassados de soberania absoluta e de supremacia da ordem jurídica interna, e, em uma postura proativa, adote práticas administrativas, legislativas e judiciais que permitam a efetiva cooperação com o Tribunal Penal Internacional e o cumprimento das obrigações internacionalmente assumidas.

No segundo e no terceiro capítulos, foram apresentados os possíveis desafios para o cumprimento e a implementação do Estatuto de Roma pelo Brasil. Depois de identificar os pontos de confronto entre o tratado e a Constituição, constatou-se, no capítulo segundo, que as inconstitucionalidades materiais indicadas - imunidades, pena de prisão perpétua, princípio da legalidade, imprescritibilidade dos crimes e anistias internas - são apenas aparentes. No capítulo terceiro, verificou-se que as chamadas inconstitucionalidades de ordem procedimental - incompetência do Supremo Tribunal Federal para analisar pedidos de cooperação com o Tribunal Penal Internacional, atuação do Ministério Público e exceção à coisa julgada - também são desafios superáveis.

Sobre o artigo 27 do Estatuto de Roma, que dispõe que suas regras aplicam-se a todas as pessoas de maneira igual, sem quaisquer distinções baseadas em função oficial, verificou ser compatível com os artigos 102, inciso I, alíneas “b” e “c”, 52, incisos I e II, e 53, *caput*, combinados com o artigo 5º, inciso LIV, da Constituição. Concluiu-se, desse modo, que as normas domésticas de imunidade foram delineadas com o intuito de proteger a soberania de um Estado frente a outro Estado, não de bloquear o exercício da jurisdição por uma Corte Internacional.

A respeito da prisão perpétua, após interpretação conjunta do tratado e da Constituição e da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o condicionamento do deferimento de pedidos de extradição à comutação da pena em privativa de liberdade de no máximo 30 anos, a conclusão atingida foi de que o artigo 77 (1) b do Estatuto de Roma, que possibilita a aplicação da pena de caráter perpétuo, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado a justificar, não viola o artigo 5º, inciso XLVII, alínea “b”, da Constituição. Verificou-se que a ratificação do Estatuto de Roma

não implica a admissibilidade da pena de prisão perpétua no Brasil, pois a sua instituição dar-se-á na jurisdição internacional. Por outro lado, que a vedação contida na Constituição é dirigida exclusivamente ao processo penal brasileiro, não podendo atingir a jurisdição penal internacional.

Quanto ao princípio da legalidade, demonstrou-se que apenas quanto ao crime de agressão persiste a indeterminação do tipo penal, o que não impede, contudo, o cumprimento do tratado, por estar nele assegurado que a punição do agressor somente será possível após a definição do crime e por ter sido estabelecida, na Convenção de Kampala, a possibilidade de qualquer Estado parte retirar-se da jurisdição do TPI quanto a esse crime. Em todos os demais aspectos, concluiu-se que o Estatuto de Roma observa o disposto no artigo 5º, inciso XXXIV, da Constituição. A exigência de tipificação legal dos crimes é atendida nos artigos 6º a 8º do Estatuto, que definem os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra. O mesmo se diz em relação à ausência de cominação específica da pena no preceito secundário de cada um dos citados tipos penais, que não é suficiente para reconhecer que o artigo 77 do Estatuto afronta o princípio da legalidade. O princípio da anterioridade também está atendido na artigo 11 do tratado, que determina a jurisdição temporal do Tribunal Penal Internacional tão-somente sobre os crimes cometidos após sua entrada em vigor.

No que se refere à prescrição, depois de apresentada a jurisprudência consolidada da Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca da impossibilidade de reconhecimento da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, constatou-se que o artigo 29 do Estatuto, que prevê a imprescritibilidade dos crimes da competência do TPI, pode ser considerado constitucional a partir de uma interpretação conjugada dos incisos XLII e XLIV do artigo 5º da Constituição e das normas de direito internacional sobre o tema.

A invalidade das anistias concedidas no âmbito doméstico, embora não prevista de forma expressa no Estatuto de Roma, é asseverada pela jurisprudência do Tribunal Penal Internacional e extraída da própria teleologia do tratado de sua criação. Quanto ao ponto, destacou-se que a intenção do Poder Constituinte, ao dispor que determinados crimes sejam insuscetíveis de anistia, no inciso XLIII do artigo 5º da Constituição, foi determinar a possibilidade de se vedar a concessão da causa de extinção de punibilidade em certas situações. Além da ausência de contrariedade ao texto constitucional e ao ordenamento jurídico brasileiro, conclui-se, portanto, que as leis internas que concedem anistia para os crimes descritos no Estatuto de Roma contrariam também os princípios gerais de direito internacional e podem, inclusive, ser consideradas como violadoras de tratados.

No capítulo terceiro, verificou-se que as chamadas inconstitucionalidades de ordem procedimental - incompetência do Supremo Tribunal Federal para analisar pedidos de cooperação com o Tribunal Penal Internacional, atuação do Ministério Público e exceção à coisa julgada - também são desafios superáveis.

Sobre o primeiro desafio de ordem procedimental, demonstrou-se que a interpretação do artigo 102, inciso I, alínea “e”, da Constituição não permite reconhecer a competência originária do Supremo para analisar pedidos de cooperação com o Tribunal Penal Internacional e que, de acordo com a jurisprudência da própria Corte Constitucional brasileira, a competência que lhe foi outorgada pelo Poder Constituinte reveste-se de caráter absoluto e improrrogável. Depois de atestar que o Estatuto de Roma remete ao direito interno de cada Estado parte a edição das normas necessárias para o efetivo cumprimento de suas disposições, entre elas, a especificação da autoridade competente para examinar o pedido de cooperação internacional e a determinação dos procedimentos a serem seguidos nesta hipótese, a conclusão alcançada foi de que o Projeto de Lei n. 4.038/2008, que, entre outros, institui, nos artigos 100, § 1º, e 108, normas processuais específicas a respeito da cooperação com o TPI, é insuficiente para resolver o problema da ausência de competência originária da Suprema Corte. Diante disso, foram propostos caminhos possíveis para a superação do impasse.

Em relação ao segundo desafio procedimental, verificou-se que o modelo de atuação do Ministério Público tal qual estabelecido no Estatuto de Roma está em consonância com o escopo e a realidade do Tribunal Penal Internacional, concebido não para o enfrentamento da criminalidade clássica, mas para apurar os crimes cuja prática exitosa, em regra, não prescinde do apoio do Estado. Além dos aspectos práticos ligados à investigação, foram sopesados os fatos de ter sido o Gabinete do Procurador amparado por garantias que lhe permitem imparcialidade e independência em sua atuação, evitando influências e pressões políticas, e de ter sido fixada a possibilidade de controle interno e externo dos atos ministeriais. Reconheceu-se, desse modo, a ausência de violação do Estatuto aos artigos 129, *caput*, incisos I, III, VI e VIII, e 144, § 1º, inciso IV, e § 4º, da Constituição.

Por fim, quanto à exceção à coisa julgada, concluiu-se que a incompatibilidade do artigo 20 do Estatuto de Roma com o artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição é apenas aparente. Com efeito, a possibilidade de novo julgamento da causa, ao contrário de ser inconstitucional, reforça a garantia de efetivação da justiça. Apesar de reconhecida a forte presunção de imutabilidade da coisa julgada, atestou-se não haver como mantê-la quando seus

pressupostos atingem postulados básicos de justiça, visto que uma decisão transitada em julgada, assim como qualquer ato jurídico, precisa ser válida.

O Tribunal Penal Internacional atende à tendência sincretista que se verifica em diversos países do mundo e, mais que isso, atende aos anseios de uma comunidade que clama por justiça, não por esquecimento e impunidade. Portanto, todos os esforços envidados para que a sua atuação seja efetiva podem, ainda assim, ser considerados insuficientes. E é bom que assim o seja. Espera-se, então, que as linhas aqui traçadas, mais que lançar luzes sobre as aparentes inconstitucionalidades do Estatuto de Roma, sirvam de estímulo ao prosseguimento e aprofundamento deste debate, que, sem dúvida, ainda está inacabado...

Referências

ALLOTT, Philip. The Emerging Universal Legal System. In: 3th International Law Forum. **Journal of the International Law Association**, 2001.

AMBOS, Kai. **International Criminal Procedure: adversarial, inquisitorial or mixed**. Netherlands: Kluwer Law International, 2003.

_____. Implementação do Estatuto de Roma na legislação nacional. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel (coord.). **Persecução penal internacional na América Latina e Espanha**. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo. **O Direito Penal no Estatuto de Roma: Leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

AMBOS, Kai; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (orgs.). **Tribunal Penal Internacional: possibilidades e desafios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ARAGÃO, Eugênio José Guilherme de. Crimes contra a humanidade: sistema internacional de repressão. In: **Revista TST**, Brasília, v. 75, n. 1, p. 82-93, jan./mar. 2009.

ARIFA, Bethânia Itagiba Aguiar. Pena de caráter perpétuo, princípio da legalidade e exceção à coisa julgada: desafios para a jurisdição constitucional brasileira no cumprimento do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. In: **Observatório da Jurisdição Constitucional**, ano 5, p. 1-19, 2011/2012.

ASCENSIO, Hervé. **O Brasil e os Novos Desafios do Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BASSIOUNI, M. Cherif. **Crimes against humanity in international criminal Law**. Haia: Kluwer, 1999.

_____. **Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale: um quadro teorico**. Milão: Giuffrè, 1999.

_____. **Introduction to International Criminal Law**. Nova Iorque: Transational Publishers, 2003.

BAZAY, Lorena; SALMÓN, Elizabeth. **El crime de agresión después de Kampala: soberanía de los estados y lucha contra la impunidad**. Peru: Instituto de democracia y derechos humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011. Disponível em: http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/publicaciones/el_crimen_de_agresion_despues_de_kampala.pdf. Acesso em: 20 mai 2014.

BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A justiça penal internacional - sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia**. São Paulo: Manole, 2003.

BERGSMO, Morten; KRUGER, Pieter. Article 53. In: TRIFFTERER, Otto (edit.). **Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers'**

Notes, Article by Article, 1999, p. 715-725, p. 720-724. In the second edition, C.H. Beck, Hart and Nomos, 2008, p. 1077-1087.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tribunal Penal Internacional – prisão perpétua: inconstitucionalidade. In: **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 297, p. 56-66, jul. 2002.

BOITEX, Luciana. Os princípios penais do Estatuto Tribunal Penal Internacional à luz do Direito Brasileiro. In: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (coord.). **Direito Penal Internacional – estrangeiro e comparado**. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2007, p. 91-114.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 4.038/2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/projetos/PL/2008/msg700-080917.htm. Acesso em: 26 jun 2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição n. 37/2011. Autor: Lourival Mendes. Ementa: Acrescenta o § 10 ao art. 144 da Constituição Federal para definir a competência para a investigação criminal pelas polícias federal e civis dos Estados e do Distrito Federal. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CF08457D0B4E4AE475A09844C67849FA.proposicoesWeb1?codteor=969478&filename=Tramitacao-PEC+37/2011. Acesso em: 17 jun 2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição n. 37/2011. Autor: Lourival Mendes. Comissão Especial destinada a proferir parecer à Proposta de Emenda à Constituição n. 37 de 2011. Voto em separado do Deputado Alessandro Molo. Novembro de 2012. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CF08457D0B4E4AE475A09844C67849FA.proposicoesWeb1?codteor=1041184&filename=Tramitacao-PEC+37/2011. Acesso em: 17 jun 2014.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941.

BRASIL. Código Penal Militar. Decreto-Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004.

BRASIL. Estatuto do Estrangeiro. Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980.

BRASIL. Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. Parecer n. 4.449. Mario José Gisi.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. Parecer n. 5.690 – PGR. Roberto Gurgel.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. Parecer n. 196.467. Edson Oliveira de Almeida.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. Parecer n. 206.777. Edson Oliveira de Almeida.

BRASIL. Ministério Público Federal. Segunda Câmara de Coordenação e Revisão. Manifestação do então Procurador-Geral da República Claudio Lemos Fonteles no Processo n. 7.035/13.

BRASIL. Ordem dos Advogados do Brasil. Petição inicial da ADPF 153. Disponível em: http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/ADPF_anistia.pdf. Acesso em: 23 mai 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.427/PR. Tribunal Pleno. Requerente: Partido Social Liberal. Interessados: Governador do Estado do Paraná e Assembleia Legislativa do Estado do Paraná. Relator: Ministro Eros Grau. DJ de 10 de novembro de 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=390690>. Acesso em: 17 jun 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.614/PR. Tribunal Pleno. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Interessados: Governador do Estado do Paraná e Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Paraná. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Relatora para o acórdão: Ministra Cármen Lúcia. DJ de 23 de novembro de 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=495516>. Acesso em: 17 jun 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153/DF. Tribunal Pleno. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Interessados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. DJ de 5 de outubro de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 15 mai 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação 426/EUA. Tribunal Pleno. Requerente: Governo dos Estados Unidos da América. Extraditando: Russell Wayne Weissel. Relator: Ministro Rafael Mayer. DJ de 18 de outubro de 1985. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Ext%24%2ESCLA%2E+E+426%2ENUME%2E%29+OU+%28Ext%2EACMS%2E+ADJ2+426%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>. Acesso em: 22 nov 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação 507/Argentina. Tribunal Pleno. Requerente: Governo da Argentina. Extraditando: Hugo Rodolfo Zito. Relator: Ministro Néri da Silveira. Relator para o acórdão: Ministro Ilmar Galvão. DJ de 3 de novembro de 1993. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=324734>. Acesso em: 30 abr 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradução. Extradução 669/EUA. Tribunal Pleno. Requerente: Governo dos Estados Unidos da América. Extraditando: Mohammad Raslan Deeb. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ de 29 de março de 1996. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=324862>. Acesso em: 4 mai 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradução 855/Chile. Tribunal Pleno. Requerente: Governo do Chile. Extraditando: Mauricio Fernandez Norambuena. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ de 1º de setembro de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Ext%24%2ESCLA%2E+E+855%2ENUME%2E%29+OU+%28Ext%2EACMS%2E+ADJ2+855%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/art7r7w>. Acesso em: 30 abr 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradução. Extradução 1.042/Portugal. Tribunal Pleno. Requerente: Governo de Portugal. Extraditando: Afonso Nuno Oliveira Bonacho. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ de 2 de março de 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=408852>. Acesso em: 4 mai 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradução 1.151/EUA. Tribunal Pleno. Requerente: Governo dos Estados Unidos da América. Extraditando: Mohammed Ali Awali Russell Wayne Weissel. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ de 17 de março de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Ext%24%2ESCLA%2E+E+1151%2ENUME%2E%29+OU+%28Ext%2EACMS%2E+ADJ2+1151%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c7wvntl>. Acesso em: 30 abr 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradução 1.188/EUA. Segunda Turma. Requerente: Governo dos Estados Unidos da América. Extraditando: Jorge Henrique Ricon-Ordonez. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ de 28 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Ext%24%2ESCLA%2E+E+1188%2ENUME%2E%29+OU+%28Ext%2EACMS%2E+ADJ2+1188%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bwtv2nr>. Acesso em: 30 abr 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradução 1.250/Argentina. Segunda Turma. Requerente: Governo da Argentina. Extraditando: Bozidar Ratkovik ou Goran Simic. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ de 24 de setembro de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2812589>. Acesso em: 30 abr 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradução 1.278/Argentina. Segunda Turma. Requerente: Governo da Argentina. Extraditando: Claudio Vallejos. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJe de 4 de outubro de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2875328>. Acesso em: 30 abr 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradução 1.306/Reino Unido. Segunda Turma. Requerente: Governo do Reino Unido. Extraditando: Michael Eugene Misick. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJe de 2 de dezembro de 2013. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4953971>. Acesso em: 30 abr 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradução 1.321/Itália. Primeira Turma. Requerente: Governo da Itália. Extraditando: Flávio Tironi. Relatora: Ministra Rosa Weber. DJe de 22 de abril de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5675507>. Acesso em: 30 abr 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 70.389/SP. Tribunal Pleno. Impetrante: Tania Lis Tizzoni Nogueira. Pacientes: Herbert Fernando de Carvalho e outro. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Sidney Sanches. Relator para o acórdão: Ministro Celso de Mello. DJ de 10 de outubro de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+70389%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+70389%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>. Acesso em: 22 nov 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.424/RS. Tribunal Pleno. Impetrante: Werner Cantalício e João Becker. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Moreira Alves. Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. DJ de 19 de março de 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 4 mai 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 83.463/RS. Segunda Turma. Pacientes: João Antônio Belizário Leme e outros. Relator: Ministro Carlos Velloso. DJ de 4 de junho de 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79358>. Acesso em: 16 jun 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 84.548/SP. Tribunal Pleno. Paciente: Sérgio Gomes da Silva. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ de 15 de fevereiro de 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2229923>. Acesso em: 13 jun 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 91.661/PE. Segunda Turma. Pacientes: Andreick Fontes Moura e outros. Relatora: Ministra Ellen Gracie. DJ de 3 de abril de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=584784>. Acesso em: 13 jun 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo n. 314, 23 de junho a 1º de julho de 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo n. 693, de 17 a 19 de dezembro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 1.957/PR. Tribunal Pleno. Autor: Ministério Público Federal. Investigados: André Zacharow e outros. Relator: Ministro Carlos Velloso. DJ de 11 de maio de 2005. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000009629&base=baseA cordaos>. Acesso em: 9 jun 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 3.923 QO/SP. Tribunal Pleno. Requerente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Requeridos: Paulo Salim Maluf e outros. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. DJ de 29 de setembro de 2008. Disponível: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=550447>. Acesso em: 19 mai 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 3.986 AgR/TO. Tribunal Pleno. Requerente: SOMAR – Associação de Moradores e Produtores da Região do Romão. Requerido: Conselho Nacional de Justiça. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJ de 5 de setembro de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=546041>. Acesso em: 15 mai 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 4.625/TPI. Decisão do Ministro Celso de Mello. Requerente: Tribunal Penal Internacional. Requerido: Omar Hassan Ahmad El Bashire. Relatora: Ministra Ellen Gracie. DJ de 4 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Pet%24%2ESCLA%2E+E+4625%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/aqq35ot>. Acesso em: 30 abr 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 4.769/DF. Segunda Turma. Requerente: Itacir Roberto Zaniboni. Requerido: Corregedor Nacional de Justiça. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ de 24 de abril de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5685284>. Acesso em: 19 mai 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 5.068 AgR/SP. Segunda Turma. Requerente: Refriagro Indústria e Comércio de Aparelhos de Refrigeração Ltda. Requerido: Royce Connect Ar Condicionado para Veículos Ltda. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ de 11 de março de 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5513128>. Acesso em: 19 mai 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 5.411 AgR/GO. Tribunal Pleno. Reclamante: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. Reclamado: Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJ de 15 de agosto de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=541517>. Acesso em: 19 mai 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 9.241/PE. Decisão monocrática. Reclamante: Tereza Cristina Queiroz Gomes de Freitas. Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Relator: Ministro Dias Toffoli. DJ de 13 de novembro de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3785610>. Acesso em: 15 mai 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 205.473/AL. Segunda Turma. Recorridos: Ministério Público Federal e União. Relator: Ministro Carlos Velloso. DJ de 19 de março de 1999. Inteiro teor do acórdão disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=239911>. Acesso em: 13 jun 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 460.971/RS. Primeira Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Valdemar Brito da Silva. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ de 30 de março de 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416344>. Acesso em: 4 mai 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 593.727/MG. Tribunal Pleno. Recorrente: Jairo de Souza Coelho. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Cezar Peluso. DJe de 25 de novembro de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=603182>. Acesso em: 16 jun 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 81.326/DF. Segunda Turma. Recorrente: Marco Aurélio Vergílio de Souza. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Nelson Jobim. DJ de 1º de agosto de 2003. Inteiro teor do acórdão disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102770>. Acesso em: 13 jun 2014.

BROOMSHALL, Bruce. The International Criminal Court: overview and cooperation with states. In: **Nouvelles Études Pénales**, 13 quater. Association Internationale de Droit Pénal, 1999.

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, 2000, p. 9-15.

CALABRICH, Bruno. O Ministério Público no Tribunal Penal Internacional. In: **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, ano 6, n. 33, p. 23-31, ago./set. 2005,.

CAMPOS, Márcio André de Almeida. Tribunal penal internacional e aplicação de pena de prisão perpétua a brasileiro nato. In: **Revista Jurídica Consulex**, v. 12, n. 283, p. 44-47, out. 2008.

CANATO, Mônica Aparecido. **O princípio da legalidade no direito penal internacional**. Porto Alegre: Norton, 2011.

CANÇADO TRINDADE. Antônio Augusto. Memorial em Prol de uma Nova Mentalidade quanto à Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Internacional e Nacional. In: **51 Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**, p. 90-91, 1998.

_____. The Future of the International Protection of Human Rights. In: **B. Boutros-Ghali Amicorum Discipulorumque Liber - Paix, Développement, Démocratie**, Bruxelles, Bruylant, v. 2, p. 961-986, 1998.

_____. A Emancipação do Ser Humano como Sujeito do Direito Internacional e os Limites da Razão de Estado. In: **6/7 Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro**, p. 425-434, 1998/1999.

_____. Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos nos Início do Século XXI. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). **Desafios do direito internacional contemporâneo**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007, p. 207-321.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Mal estar da Constituição e pessimismo pós-moderno. In: **Vértice**, Lisboa, n. 7, p. 9-12, 1988.

_____. **“Brançosos” e interconstitucionalidade: Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina, 2008.

CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mirelle (orgs.). **Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais**. Tradução de Silvio Antunha. Brasil: Manoele, 2004.

CASSESE, Antonio. Cooperation of States under the ICC Scheme. In: CASSESE, Antonio. **International Criminal Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 349-351.

CENTRO INTERNACIONAL PARA A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO. Parecer técnico do Centro Internacional para a Justiça de Transição, solicitado pelo Ministério Público Federal, Procuradoria da República em São Paulo/SP, para instruir o Procedimento n. 1.34.001.008495/2007. Disponível em: http://www.prr3.mpf.gov.br/component/option,com_remository/Itemid,68/func,startdown/id,1630/. Acesso em: 26 abr 2012.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Tribunal Penal Internacional, Painel IV, Pena de prisão perpétua. In: **R. CEJ**, Brasília, n. 11, p. 37-39, mai./ago. 2000.

CHOUKR, Fauzi Hassan. O Ministério Público e o Tribunal Penal Internacional - Análise do Tratado de Roma. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (orgs.). Tribunal Penal Internacional. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, p. 305-321, 2000.

_____. O Ministério Público no Tribunal Penal Internacional. In: **Revista da Associação Paulista do Ministério Público**, São Paulo, ano 2, n. 20, p. 25, 2008.

COHEN, Jean L. Sovereignty in the Context of Globalization: A Constitutional Pluralist Perspective. In: BESSON, Samantha; TASSIOULAS, Jonh (edits.). **The Philosophy of International Law**. Cambridge: Oxford University Press, 2010, p. 261-280.

COMISSÃO AFRICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Case of Malawi African Association and Others v. Mauritania, Communication Nos. 54/91, 61/91, 98/93, 164/97-196/97 and 210/98, Decision of 11 May 2000, para. 83.

COMISSÃO AFRICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Case of Zimbabwe Human Rights NGO Forum v. Zimbabwe, Communication No. 245/02, Decision of 21 May 2006, para. 211 and 215.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Case of Abdülşamet Yaman v. Turkey, Judgment of 2 November 2004, Application No. 32446/96, par. 55.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Case of Yeter v. Turkey, Judgment of 13 January 2009, Application No. 33750/03, par. 70.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Albán Cornejo y otros. vs. Ecuador. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171, párr. 111.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 112.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 109, 112, 114, 115, 120, 121, 129, 107 y 105.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 163 y 161.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 201.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 41.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Fondo. Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C No. 83, párr 18, 42, 41 y 44.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS IDH. Caso Blake Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36, párr. 97.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 117.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2004. Serie C No. 117, párr. 130.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala. Mérito, Reparações e Custas. 22 nov. Série C No. 117, párr. 135.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Castillo Páez Vs. Peru. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. 3 abr. Considerando 21.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Castillo Páez Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 43, párr. 105.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 262.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124, párr. 167 y 206.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso De la Cruz Flores vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 01 de septiembre de 2010, párr. 76.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012 Serie C No. 246, párr. 123.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Garibaldi Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. 23 set. Série C No. 203, par. 113.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 218, 226, 221, 212, 224, 232, 227, 220, 222, 199, 167, 229, 214, 221, 213, 206, 198, 208, 223, 205, 225 y 209.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. 24 set. 2010. Par. 151.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132, párr. 97.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párr. 172.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 232 y 233.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Huilca Tecse Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C No. 121, párr. 108.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Mérito, Reparações e Custas. 1 set. Série C. No. 217, par. 65 e 153.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Ibsen Cárdenas y Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217, párr. 207.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de agosto de 2010, párr. 8.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 152.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 156. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf. Acceso en: 20 de jun. 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 167, 169, 175, 189, 168 y 180.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42, párr. 168.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 129.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 131.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 402.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252, párr. 296, 129, 195, 283, 299 y 286.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116, párr. 99.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 106.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de la Masacre de Pueblo Bello. Sentencia de 31 jan. Serie C No. 140, párr. 143.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párr. 276.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 180 y 181.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, Párr. 259.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Trujillo Oroza vs. Bolívia. Supervisión de Cumplimiento de Sentencias. Resolución de la Presidenta de Corte Interamericana de Derechos Humanos de 12 de agosto de 2009, párr. 48.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92, párr. 106.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, par. 166.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 34.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Ximenes Vs. Brasil. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. 17 mai, par. 62 e 168.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de septiembre de 2009, párr. 15.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985; párr. 52.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Armed activities on the territory of the Congo - New Application: 2002 - Democratic Republic of the Congo v. Rwanda. Summary of the Order of 10 July 2002.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Le rôle du Ministère Public em justice penale: une approche criminologique. The role of public prosecutor in criminal justice, according to the diferente costitutional systems.** Bolonha: Scientifihe Lo Scarabeo, 1996.

EIROA, Pablo D. **La Corte Penal Internacional. Fundamentos y Jurisdicción.** Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004.

ESCARAMEIA, Paula. **O Direito Internacional Público nos princípios do século XXI**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

EUSTATHIADES, Constantin. Les sujets de droit international et la responsabilité internationale. In: **Recueil des Cours**, n.º 3, p. 401-428, 1953.

FERREIRA, Gustavo Sampaio Telles. A paz perpétua no pensamento Kantiano e os fundamentos de um Tribunal Penal Internacional. In: **Revista Interdisciplinar de Direito**, Valença, EVSA, p. 125-134, 2000.

FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. In: **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html. Acesso em: 20 jun 2014.

FREEMAN, Mark. **Necessary Evils: Amnesties and the Search for Justice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

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

_____. O § 3º do Art. 5º da Constituição Federal: Um Retrocesso para a Proteção Internacional dos Direitos Humanos no Brasil. In: **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, Fortaleza, IBDH, ano 6, v. 6, n. 6, p. 121-129, 2005.

_____. Dialogando na Multiplicação: uma aproximação. In: **Revista de Direito Internacional**, v. 9, n. 2, p. 1-10, 2012.

_____. Art. 5º, § 4 - O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. In: CANOTILHO, J.J. Gomes (coord.) et alii. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 524-533.

GOES DE SOUZA, Marcelo Agamenon. A prisão perpétua, o Tratado de Roma e a Emenda Constitucional n. 45/2004. In: **Boletim IBCCRIM**, ano 13, n. 153, p. 10-11, ago. 2005.

GORAIEB, Elizabeth. **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.

GRONO, Nick. International Crisis Group. In: **ICC**. Structure of the Court. Office of the Prosecutor. Network with Partners. Public hearings. Second public hearing. Session 2. ICC. Mr. Nick Grono. International Crisis Group. Disponível em: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%20prosecutor/network%20with%20partners/public%20hearings/second%20public%20hearing/session%202/Pages/mr_%20nick%20grono%20%E2%80%93%20international%20crisis%20group.aspx. Acesso em: 15 mai 2014.

GUARIGLIA, Fabricio. Investigation and Prosecution. In: LEE, Roy S. (edit). **The International Criminal - The Making of the Rome Statute Issues, Negotiations, Results**. London: Kluwer Law International, 1999, p. 227-237.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O Tribunal Penal Internacional. A internacionalização do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. Possibilidades e desafios de adequação do Estatuto de Roma à ordem constitucional brasileira. In: AMBOS, Kai; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano Japiassú (orgs.). **Tribunal Penal Internacional: possibilidades e desafios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 199-222.

_____. (coord.). **Direito Penal Internacional – estrangeiro e comparado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. **O direito penal internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 2002.

KELSEN, Hans. **A paz pelo direito**. Tradução: Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

KOSKENNIEMI, Martti. The Politics of International Law Issue. In: **European Journal of International Law**, v. 1, n. 1, p. 4-32, 1990.

_____. **From apology to utopia**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

KOWALSKI, Mateus. O Tribunal Penal Internacional. Reflexões para um teste de resistência aos seus fundamentos. In: **JANUS.NET e-journal of International Relations**, v. 2, n. 2, p. 119-134, p. 125-127, 2011. Disponível em: file:///C:/Users/Betha/Downloads/Dialnet-TheInternationalCriminalCourtReflectionsForASTress-4046454_3.pdf. Acesso em: 24 jun 2014.

KRASNER, Stephen. **Sovereignty: Organized Hypocrisy**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade. In: CALMON, Eliana; BULOS, Uadi Lammêgo (coord.). **Direito Processual – Inovações e perspectivas. Estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 225-235.

LOBO, Antônio Costa. Um tribunal à escala mundial. In: **O mundo em português**, n. 18. mar. 2001. Disponível em: <http://archive-pt.com/page/89244/2012-07-08/http://www.ieei.pt/publicacoes/artigo.php?artigo=870>. Acesso em: 30 abr 2014.

_____. Um tribunal à escala mundial. In: **O mundo em português**, n. 18. mar. 2001. Disponível em: <http://archive-pt.com/page/89244/2012-07-08/http://www.ieei.pt/publicacoes/artigo.php?artigo=870>. Acesso em: 30 abr 2014.

LORANDI, Adriana (coord.). **Tribunal Penal Internacional: implementação do estatuto de Roma no Brasil**. Brasília: Ministério Público Militar, 2007.

LUIZI, Benito Viggiano Luiz. Notas sobre o Estatuto do Tribunal Penal Internacional. In: **Estudos jurídicos em homenagem ao professor João Marcello de Araujo Junior**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. Tribunal Penal Internacional, Painel IV, Pena de prisão perpétua. In: **R. CEJ**, Brasília, n. 11, p. 48-51, mai./ago. 2000.

MAIA, Marriete. **Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementariedade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MALHEIRO, Emerson Penha. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MANTOVANI, Renata de Lima; BRINA, Marina Martins da Costa. **Coleção para entender: o Tribunal Penal Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Ministério Público**. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

MENEZES, Fábio Victor de Aguiar. República do Sudão e o Estatuto de Roma. In: **Revista Jurídica Consulex**, ano 13, n. 305, p. 46-49, set. 2009.

MIGUEL, João Manuel da Silva. Tribunal Penal Internacional: o após Roma e as consequências da ratificação. In: **Revista do Ministério Público**, n. 86, p. 27-42, abr./jun. 2001.

_____. O Ministério Público no Tribunal Penal Internacional. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 37, 2002.

MOCCIA, Sergio. O Tribunal Penal Internacional: os perfis da legalidade. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Editora Revista dos Tribunais, n. 47, p. 203-232, mar./abr. 2004.

MOURA, Fernanda Morato; PAIVA, Heloísa Assis. O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Constitucional Brasileira à Luz dos Direitos Humanos. In: BADARÓ, Rui Aurélio de Lacerda (coord.). **Direito Internacional: Anais do Congresso Brasileiro de Direito Internacional**. Academia Brasileira de Direito Internacional, 2010.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis et alii. Dificuldades jurídicas e políticas para a ratificação ou implementação do Estatuto de Roma (Relatório – Brasil). In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; WOICHNIL, Jan. **Dificuldades jurídicas e políticas para a ratificação ou implementação do Estatuto de Roma: contribuições da América Latina e da Alemanha**. São Paulo: IBCCRIM, 2006, p. 139-169.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NIJMAN, Janne; NOLLKAEMPER, André. **New perspectives on the divide between National & International Law**. New York: Oxford University Press Inc., 2007.

NOWEN, Sara M. H. Hybrid Courts – The Hybrid Category of a New Type of International Crimes Court. In: **Utrecht Law Review**, v. 2, n. 2, p. 190-214, dez. 2006.

ÖBERG, Marko Divac. The Legal Effects of Resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the Jurisprudence of the ICJ. In: **The European Journal of International Law (EJIL)**, v. 16, n. 5, p. 879–906, 2006.

OOSTERVELD, Valerie; PERRY, Mike; McMANUS, John. The Cooperation of States With the International Criminal Court. In: **Fordham International Law Journal**, v. 25, n. 3, article 14, p. 765-839, 2001. Disponível em: <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1834&context=ilj>. Acesso em: 25 jun 2014.

ORENTLICHER, Diane. Settling Accounts: The Duty to Prosecute Violations of a Prior Regime. In: **Yale Law Journal**, v. 100, n. 8, jun. 1991.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. Disponível em: <http://www.onu.org.br/tpi-condena-ex-lider-de-milicia-congoles-a-12-anos-de-prisao-por-crimes-de-guerra/>. Acesso em: 26 jun 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Alto Comissariado nas Nações Unidas para os Direitos Humanos. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Amnistías. HR/PUB/09/1, Publicación de las Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2009, pág. 5.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral das Nações Unidas. Resolução 2.338, de 18 de dezembro de 1967.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral das Nações Unidas. Resolução 60/147, de 21 de março de 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral das Nações Unidas. Resolução 65/12. Adotada em 23 de novembro de 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral das Nações Unidas. Resolução 66/262. Adotada em 29 de maio de 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral das Nações Unidas. Resolução 67/295. Adotada em 22 de agosto de 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direitos Humanos. Informe final acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos

(derechos civiles y políticos), preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión, E/CB.4/Sub.2/1997/20, 26 de junio de 1997, párr. 32.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direitos Humanos. Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direito Internacional. Princípios de Nuremberg. 1950. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_1_1950.pdf. Acesso em: 26 jun 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Humanos. Observación General 20: Reemplaza a la Observación General 7, prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles (art. 7), U.N. A/47/40 (SUPP), Anexo VI, A, de 10 de marzo de 1992, párr. 15.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Humanos. Observación General 31: Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto. U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13, de 26 de mayo de 2004, párr. 18.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Declaración y Programa de Acción de Viena. U.N. Doc. A/CONF.157/23, de 12 de julio de 1993, Programa de Acción, párr. 60 y 62.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança. Letter dated 15 April 2013 from the Secretary-General to the President of the Security Council. S/2013/229. 15 de abril de 2013. Disponível em: http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/s_2013_229.pdf. Acesso em: 25 jun 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança. Relatório do Secretário-Geral ao Conselho de Segurança das Nações Unidas. S/2004/616. Versão traduzida para Português. O Estado de Direito e a justiça de transição em sociedades em conflito ou pós-conflito. In Revista Anistia Política e Justiça de Transição. N. 1, jan./jun. 2009. Brasília: Ministério da Justiça, 2009, p. 320-351.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio. Aprovada pela resolução 260 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 9 de dezembro de 1948.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Adotada em 22 de maio de 1969.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Adotada pela Resolução 39/46, da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1984.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará. Brasil, Belém do Pará, em 9 de junho de 1994.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção das Nações Unidas contra a tortura e outros tratamentos ou punições cruéis, desumanos ou degradantes. Aprovada pela resolução n.º 39/46 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1984.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Anexo da Carta das Nações Unidas, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de las Naciones Unidas. Observación General sobre el artículo 18 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Informe presentado dentro de 62º período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos. U.N. Doc. E/CN.4/2006/56, de 27 de diciembre de 2005, párr. 2, incisos a, c y d.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. U.N. Doc. S/2004/616, de 3 de agosto de 2004, párr. 10.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Informe del Secretario General sobre el establecimiento de un Tribunal para Sierra Leona, S/2000/915 de 4 de octubre de 2000, párr. 22.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Adotada e proclamada pela resolução 2.200A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966.

PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

PENSKY, Max. O status das anistias internas no Direito Penal Internacional. In: **A anistia na era da responsabilização**. Brasília: Ministério da Justiça, 2011, p. 76-101.

PERNICE, Ingolf. Multilevel Constitutionalism and Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited? In: **Common Market Law Review**, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, v. 36, n. 4, 1999., p. 703-750.

_____. Multilevel Constitutionalism in the European Union. In: **European Law Review**, n. 27. Andover: Sweet & Maxwell, p. 511-529, 2006.

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

_____. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela Ribeiro. O Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro. In: **Anais da XVIII Conferência Nacional dos Advogados: cidadania, ética e estado**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2003.

RAWLS, John. The Law of People. In: **Critical Inquiry**, v. 20, n. 1, p. 36-68, 1993.

RIBEIRO, Jeancezar Ditzz de Souza. Imunidade de jurisdição no Direito Internacional Contemporâneo – A imunidade de jurisdição do chefe de estado ao Tribunal Penal Internacional. In: MENEZES, Wagner (coord.). **Direito Internacional: Anais do Congresso Brasileiro de Direito Internacional**. Academia Brasileira de Direito Internacional, 2011.

SABADELL, Ana Lúcia; DIMOULIS, Dimitri. O Tribunal Penal Internacional em face da Constituição brasileira e a questão da ineficácia social dos direitos fundamentais. In: **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, Editora Fórum, ano 3, n. 9, p. 41-70, jan./mar. 2009.

SADAT, Leila Nadya e CARDEN, S. Richard. The New International Criminal Court: An Uneasy Revolution. In: **88 Georgetown Law Journal**, 381, mar. 2000.

SALIM, Alexandre Aranalde. O Tribunal Penal Internacional e a ordem constitucional brasileira. In: **Revista da AJURIS**, ano 34, n. 16, p. 9-20, jun. 2007.

SARMENTO, Daniel. Constitucionalismo: trajetória histórica e dilemas contemporâneos. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (coord.). **Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais – Em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes**. Salvador: JusPodivm, 2012.

SCALCON, Raquel Lima. Tribunal Penal Internacional: dos impasses entre tradições aos conflitos com a Constituição Brasileira. In: **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano 3, n. 3, p. 2.237-2.270, 2014.

SCHABAS, William A. **An Introduction to the International Criminal Court**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

_____. **Unimaginable Atrocities Justice, Politics, and Rights at the War Crimes Tribunals**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

SCHARF, Michael P. From the exile files: an essay on trading justice for peace. In: **Washington & Lee Review, Forthcoming**. Case Legal Studies Research Paper n. 05-31, 2005. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=799004. Acesso em: 16 mai 2014.

SILVA, Alberto José Tavares Vieira da. **Investigação criminal: competência**. São Luís: Lithograf, 2007.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. O Tribunal Penal Internacional e a proteção aos Direitos Humanos: uma análise do Estatuto de Roma à luz dos princípios do direito internacional da pessoa humana. In: **Boletim Científico da ESMPU**, Brasília, ano 3, n. 12, p. 9-31, jul.-set. 2004. Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-12-2013-julho-setembro-de-2004/o-tribunal-penal-internacional-e-a-protecao-aos-direitos->

humanos-uma-analise-do-estatuto-de-roma-a-luz-dos-principios-do-direito-internacional-da-pessoa-humana. Acesso em: 30 abr 2014.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. O Tribunal Penal Internacional, a pena de prisão perpétua e a Constituição Brasileira. In: **Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 448-459, 2003.

TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. **Tribunal Penal Internacional & a Emenda Constitucional 45/04 (Sistema Normativo Brasileiro)**. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

TAVARES, André Ramos. **Reforma do judiciário no Brasil pós-88**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TRIBUNAL ESPECIAL PARA SERRA LEOA. Case The Prosecutor v. Morris Kallom and Brima Buzzy Kamaro. SCSL-2004-15-AR72 (E) and SCSL-2004-16-AR72 (E). Decision on Challenge to jurisdiction: Lomé Accord Amnesty. Appeals Chamber, 13 March 2004.

TRIBUNAL ESPECIAL PARA SERRA LEOA. Case The Prosecutor v. Morris Kallom and Brima Buzzy Kamaro. SCSL-2004-15-AR72 (E) and SCSL-2004-16-AR72 (E). Decision on Challenge to jurisdiction: Lomé Accord Amnesty. Appeals Chamber, 13 March 2004, par. 71 y 73.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Gabinete do Procurador. Código de Conduta do Gabinete do Procurador. 5 de setembro de 2013. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/docs/Code%20of%20Conduct%20for%20the%20office%20of%20the%20Prosecutor.pdf>. Acesso em: 21 jun 2014.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Lubanga case: Trial Chamber I issues first ICC decision on reparations for victims. Disponível em: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/related%20cases/icc%200104%200106/press%20releases/Pages/pr831.aspx. Acesso em: 26 jun 2014.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Mbarushimana case: ICC Appeals Chamber rejects the Prosecution's appeal. Disponível em: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/related%20cases/icc01040110/press%20releases/Pages/pr798.aspx. Acesso em: 26 jun 2014.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Ntaganda case: Confirmation of charges hearing ends at ICC. Disponível em: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Pages/pr983.aspx. Acesso em: 26 jun 2014.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Pre-Trial Chamber II commits Bosco Ntaganda to trial. Disponível em: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Pages/pr1013.aspx. Acesso em: 26 jun 2014.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Review Conference of the Rome Statute of the International Criminal Court. Kampala, 31 may. - 11 jun. 2010. Disponível em: http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP9/OR/RC-11-ENG.pdf. Acesso em: 20 mai 2014.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Review Conference of the Rome Statute of the International Criminal Court. Kampala, 31 may. – 11 jun. 2010, p. 1-9. Disponível em: http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP9/OR/RC-11-ENG.pdf. Acesso em: 20 mai 2014.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Situation in Côte d'Ivoire. Disponível em: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/Pages/situations%20and%20cases.aspx. Acesso em: 23 jun 2014.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Situation in Darfur, Sudão. Disponível em: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/Pages/situations%20and%20cases.aspx. Acesso em: 23 jun 2014.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Situation in Democratic Republic of the Congo. Disponível em: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/2004/Pages/the%20office%20of%20the%20prosecutor%20of%20the%20international%20criminal%20court%20opens%20its%20first%20investigation.aspx. Acesso em: 23 jun 2014.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Situation in Libya. Disponível em: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/Pages/situations%20and%20cases.aspx. Acesso em: 23 jun 2014.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Situation in Mali. Disponível em: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/Pages/situations%20and%20cases.aspx. Acesso em: 23 jun 2014.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Situation in the Republic of Kenya. Disponível em: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/Pages/situations%20and%20cases.aspx. Acesso em: 23 jun 2014.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Situation in the Central African Republic. Disponível em: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/Pages/situations%20and%20cases.aspx. Acesso em: 23 jun 2014.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on the conclusion of the preliminary examination of the situation in the Republic of Korea. Disponível em: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Pages/pr1019.aspx. Acesso em: 26 jun 2014.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui. Disponível em: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/Pages/situations%20and%20cases.aspx.

[cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/related%20cases/ICC-01-04-02-12/Pages/default.aspx](http://www.icc-pi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/related%20cases/ICC-01-04-02-12/Pages/default.aspx). Acesso em: 26 jun 2014.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX IUGOSLÁVIA. Prosecutor v. Erdemovic, Case No. IT-96-22-T, Sentencing Judgment, November 29, 1996, at par. 28.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Caso Prosecutor v. Joseph Kony, Vicent Otti, Okot Odhiambo and Dominic Ongwen. Situation in Uganda, ICC-02/04-01/05. Disponível em: http://www.icc-pi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200204/related%20cases/icc%200204%200105/Pages/uganda.aspx. Acesso em: 15 mai 2014.

TRUMBULL, Charles P. Giving Amnesties a Second Chance. In: **Berkeley Journal of International Law**, v. 25, n. 2, 2007. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol25/iss2/7/>. Acesso em: 16 mai 2014.

TUSHNET, Mark. The inevitable Globalization of Constitutional Law. In: **Harvard Public Law Working**, Paper n. 09-06, 2008. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1317766>. Acesso em: 13 jan 2014.

WALKER, Neil. The idea of Constitutional Pluralism. In: **Modern Law Review**, n. 65, p. 317-359, 2002.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima. A Interpretação Judicial da Lei de Anistia Brasileira e o Direito Internacional. In: **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília, Ministério da Justiça, n. 4, p. 196-226, jul./dez. 2010.

ZAPPALÀ, Salvatore. Il procuratore della corte penale internazionale: luci e ombre. In: **Rivista di Diritto Internazionale**, Milano, v. 82, n. 1, 1999.

Sítios eletrônicos:

Sítio eletrônico da Câmara dos Deputados: <http://www2.camara.leg.br/>

Sítio eletrônico do Centro de Direito Internacional: <http://www.cedin.com.br>

Sítio eletrônico da Comissão Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos: <http://www.achpr.org/pt/>

Sítio eletrônico da Corte Europeia de Direitos Humanos: <http://www.echr.coe.int/>

Sítio eletrônico da Corte Interamericana de Direitos Humanos: <http://www.corteidh.or.cr/>

Sítio eletrônico da Corte Internacional de Justiça: www.icj-cij.org.

Sítio eletrônico da Legislação do Governo Federal do Brasil: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>.

Sítio eletrônico da Organização das Nações Unidas: <http://www.un.org/>

Sítio eletrônico da Organização das Nações Unidas no Brasil: <http://www.onu.org.br/>

Sítio eletrônico da Organização dos Estados Americanos: <http://www.oas.org/>

Sítio eletrônico do Senado Federal: www.senado.gov.br.

Sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal: www.stf.jus.br