XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO INTERNACIONAL II

BRUNO MANOEL VIANA DE ARAUJO

VALESCA RAIZER BORGES MOSCHEN

VALTER MOURA DO CARMO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito internacional II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/ UDF;
Coordenadores: Bruno Manoel Viana De Araujo, Valesca Raizer Borges Moschen, Valter Moura do Carmo – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-165-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Internacional. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO INTERNACIONAL II

Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos os artigos do Grupo de Trabalho - Direito Internacional II do CONPEDI. A obra possui como objetivo a divulgação e análise de diferentes questões controvertidas do Direito Internacional contemporâneo. A coletânea está composta pelos artigos selecionados e apresentados no XXV Encontro Nacional do CONPEDI realizado entre os dias 6 e 9 de julho, em Brasília, numa parceria com o Mestrado e o Doutorado da Universidade de Brasília - UNB, com a Universidade Católica de Brasília – UCB, com o Centro Universitário do Distrito Federal – UDF, e com o Instituto Brasiliense do Direito Público – IDP. Em sua estrutura observam-se temas de diversos aspectos do Direito Internacional, como aqueles inerentes:

a. à Proteção e Promoção dos Direitos Humanos: Proteção Multinível de Direitos Humanos: o Trabalho escravo no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos; os Tratados Internacionais Ambientais na Política de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais; A Liberdade de Expressão e a Aplicação de Sanções Penais como Medidas Ulteriores no Sistema Interamericano de Direitos Humanos; Respostas Internacionais a Violência do Gênero e Avanços da Lei Maria da Penha; Processo Internacional Transfronteiriço: os Litígios que não Respeitam Fronteiras – Da Soberania à Tutela dos Direitos.

b. à Judicialização do Direito Internacional e o Diálogo com o Sistemas Judiciais Nacionais: Por que resistir? A resistência do STF ao Diálogo com a Corte IDH; Possíveis Conflitos Existentes entre o Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira de 1988; A Judicialização do Direito Internacional : a Jurisdição da Corte Internacional de Justiça sob a Ótica do Voluntarismo Estatal de Direitos Humanos; A Instrumentalização das Teorias do Diálogo Judicial: Aproximação do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos por meio da Autoridade Persuasiva; A Incompatibilidade da Prisão Perpétua do Tribunal Penal Internacional e a Constituição de 1988;

c. à Integração Regional: Soberania da União Europeia e no Mercosul em Tempos de Globalização; A Construção da Supranacionalidade à Luz do Constitucionalismo Internacional; Globalização e Integração entre os Povos da América Latina.

d. ao Direito Econômico Internacional: A Importância do órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio para a Proteção dos Interesses Econômicos do Estado Brasileiro; Tratado Transpacífico e a Organização Mundial do Comércio: uma Análise da Mudança na Estruturação do Comércio Internacional; A apropriação de Recursos Genéticos entre a Convenção sobre Diversidade Biológica e a Organização Mundial do Comércio: Caminhos para uma Harmonização?; Um Olhar sobre as Empresas Transnacionais e a Internacionalização do Direito; A Influência do Princípio de Cooperação Internacional: Reflexões sobre a política Brasileira de Cooperação Sul-Sul com Moçambique.

e. ao Diálogo entre as Fontes do Direito Internacional: A Aplicação da convenção de Nova Iorque de 1958 no Brasil; A Incorporação dos Tratados Internacionais: uma Análise sobre as Consequências no Direito Interno; Análise da Força dos Comentários à Convenção Modelos da OCDE em Face da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados;

Esperamos que este livro contribua para a compreensão das intensas transformações sofridas pela Sociedade Internacional nos tempos atuais e possa ser útil no desenvolvimento e na transformação do Direito Internacional.

Prof. Dr. Bruno Manoel Viana De Araujo (UPE)

Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen (UFES)

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo (UNIMAR)

A INCOMPATIBILIDADE DA PRISÃO PERPÉTUA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

THE INCOMPATIBILITY OF LIFE IMPRISONMENT OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL CODE AND THE CONSTITUTION OF 1988

Andressa Dias Aro
Paula Freitas Lara

Resumo

O presente artigo proporciona um estudo a respeito do Tribunal Penal Internacional e a aplicabilidade ou não de suas penas, em especial da prisão perpétua, aos olhos da Magna Carta. Apresenta uma noção geral a respeito do histórico do Tribunal Penal Internacional, seus principais princípios e características. Utiliza-se como respaldo jurídico em suma, a Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 e o Decreto nº 4.388 de 25 de setembro de 2002. Para aprofundar e justificar o tema, o trabalho será baseado em diversos doutrinadores, que serão mencionados no decorrer do projeto.

Palavras-chave: Prisão perpétua, Constituição federal, Tribunal penal internacional, Direito penal internacional

Abstract/Resumen/Résumé

The present article provides the reader with a study regarding the International Criminal Court and the applicability or not of its penalties, especially the life imprisonment, in the eyes of the Constitution. This document presents a general notion on the history of the ICC, its main principles and characteristics. It uses as juridical support basically the Federal Constitution from the 5th of October 1988 and the Decree nº 4,388 from the 25th of September 2002. To deepen and justify the theme, this paper is based on several legal scholars, who will be mentioned throughout the project.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Life imprisonment, Federal constitution, International criminal court, International criminal code

1. INTRODUÇÃO

O fato de a sociedade estar sempre em constante evolução, trás algumas problemáticas, haja vista que a todo o momento é necessário elaborar mecanismos que atendam as expectativas do seu desenvolvimento.

Uma das necessidades globais era a existência de uma corte internacional para assegurar a impunidade de indivíduos que cometessem crimes de grande porte contra a humanidade.

Essa hipotética corte deveria ser de caráter permanente, uma vez que aqueles de caráter temporário, como seus antecessores, não estaria mais suprindo a necessidade da sociedade, deixando os próprios tribunais carentes de justiça.

Mas o que teria intencionado a invenção desse instituto, ainda em planejamento, seria o grande número de crimes de cunho internacional que atingiam de forma direta a humanidade, e que os Estados não estavam conseguindo de forma efetiva garantir sua impunidade, necessitando de complementação para aumentar o grau de reprovabilidades desses crimes, fazendo com que eles tenham menor incidência.

Surgiu nesse momento a figura do Tribunal Penal Internacional (TPI), sendo de grande contribuição e evolução do Direito Internacional.

Esse Tribunal tem normas internas e é independente, processando e julgando indivíduos que cometam crimes de genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e crimes de agressão.

O que mais nos chama atenção e será o foco central desse estudo, são as penas que o Estatuto de Roma, que rege o TPI elenca para punir os infratores.

As penas vão de multa a prisão perpétua em casos de menor e maior gravidade, estando o Brasil adepto a esse Estatuto por meio de decreto.

Todavia, estaria a pena de prisão perpétua em consonância com a Constituição de 1988?

Essa questão será discutida no decorrer do estudo, que está amparado em doutrinas e muito se faz presente nos dias atuais, uma vez que o Direito Penal Internacional teve um grande avanço com a criação do TPI, o que fez com que aumentasse a proteção dos direitos de terceira dimensão, sendo de extrema importância tendo em vista a globalização e o senso crescente de justiça que permeia as relações entre os países.

2. DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL (TPI) - Breve Histórico

A criação do Tribunal Penal Internacional se deu no ano de 1998, todavia, começou a ser cogitado há muito tempo antes.

O TPI, nada mais é do que uma readequação social que se tornou uma necessidade, levando em consideração que conforme o tempo passava a sociedade fazia a descoberta de novos crimes, crimes esses cada vez mais gravosos e que insultavam a dignidade de toda a humanidade e à estabilidade internacional.

Desde os primórdios é possível verificar que na época Imperial, o Imperador, aquele dotado de soberania e que era tratado como superior, não eram punidos por nenhum ato praticado, mas estes puniam como quisessem seus subordinados.

Crimes monstruosos que afetavam diretamente o Direito Internacional e a humanidade eram cometidos e nada lhe era feito de forma efetiva para combater essas barbáries.

Os crimes acima referidos se tratavam em suma de genocídios, crimes contra a paz, crimes de guerra, e crimes de agressão.

Esses crimes tornaram-se cada vez mais evidentes, principalmente após a Primeira e Segunda Guerra Mundial.

O Holocausto, ocorrido durante a Segunda Guerra Mundial, conhecido como o maior genocídio da história, devido o assassinato em massa de seis milhões de judeus, foi considerado o marco definitivo como irreverência e desprezo para com a Dignidade da Pessoa Humana.

Nas palavras de Valério de Oliveira Mazzuoli:

> A segunda grande guerra, que ensanguentou a Europa entre 1939 a 1945, ficou marcada na consciência coletiva mundial por apresentar o ser humano como algo simplesmente descartável e destituído de dignidade e direitos. (MAZZUOLI, 2014, p. 1023)

Temos que o ônus que o Holocausto teria deixado é a carência cristalina que os direitos humanos sofriam no que se diz respeito a sua proteção.

A criação do Tribunal de Nuremberg no ano de 1945, tendo perdurado até 1946, se deu em decorrência desse marco histórico. Esse tribunal foi propositalmente criado para processar e julgar os criminosos de guerra, aqueles que tinham ligação direta com o regime nazista.

Outro tribunal também criado em decorrência dessas atrocidades, foi o Tribunal Militar Internacional de Tóquio, para processar e julgar as autoridades políticas e militares do Japão.

Destaca-se também a criação de dois tribunais, um para julgar os crimes cometidos na Antiga Iugoslávia e o outro referente aos cometidos em Ruanda, sendo este último com sede na Holanda e Tanzânia.

Esses tribunais foram instituídos através do Conselho de Segurança das Nações Unidas, por deliberação e voto favorável do Brasil.

Cabe ressaltar que essas cortes eram temporários, não possuindo caráter permanente, o que ainda não estava sendo o suficiente para suprir as necessidades internacionais.

Foi então que, no ano de 1998, o Tribunal Penal Internacional foi criado por meio do Estatuto de Roma, sendo sua principal característica ser um tribunal permanente.

Com sede em Haia, na Holanda, esse tribunal tem como finalidade processar e julgar pessoas por crimes graves com transcendência internacional, contra crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão.

2.1 Princípios e Principais Características

Um das principais características do Tribunal Penal Internacional é ser um tribunal permanente e não mais temporário como os seus precursores, suprindo dessa forma, a necessidade de uma jurisdição criminal permanente.

Esse tribunal possui personalidade jurídica própria possuindo capacidade necessária para alcançar seus objetivos e desempenhar suas funções, assim como prega o artigo 4, I do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, que segue *in verbis*:

> Artigo 4: 1. O Tribunal terá personalidade jurídica internacional. Possuirá, igualmente, a capacidade jurídica necessária ao desempenho das suas funções e à prossecução dos seus objetivos.

Outra característica é a de julgar pessoas e não Estados, estamos diante do Princípio da Responsabilidade Individual.

Como já sabido, este princípio está presente no bojo da nossa Carta Magna, em seu artigo 5º o qual a pena não passará da pessoa do condenado, sendo que somente ele e mais ninguém poderá responder pelo fato praticado.

Em consonância com o Princípio do *nullum crimen nulla poena sine lege*[1], cláusula pétrea da Constituição Federal e fundamento do Direito Penal Brasileiro, o TPI só poderá

[1]. O Princípio do *nullum crimen nulla poena sine lege* é conhecido também como Princípio da Legalidade. Essa Expressão de origem latina significa que: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, se não em virtude de lei.

tomar parte daqueles crimes cometidos após sua a vigência do Estado, garantindo a segurança de que esse Tribunal não poderá processar e julgar ninguém por crime cometido anteriormente, diferentemente do que ocorria com os tribunais temporários.

Outra grande característica se diz respeito do Princípio da Complementaridade, no sentido de que esse só poderá ser invocado depois de esgotados todos os outros meios para solucionar o conflito, sendo que o papel em primeiro plano é do Estado.

Sendo assim o Tribunal Penal Internacional deverá agir de forma complementar, quando os demais procedimentos se tornaram ineficazes.

Atrelado à personalidade complementar, estaria o Princípio da Subsidiariedade, possuindo o tribunal um caráter subsidiário frente às jurisdições penais nacionais, já que a responsabilidade primária de processar e julgar, como anteriormente frisado é dos Estados.

Vale ressaltar que o Estatuto de Roma é uma Organização Internacional Independente, não sendo um órgão atrelado a Organização das Nações Unidas.

Possui esse caráter independente, uma vez que não necessita de nenhuma introdução de um órgão externo ou de um direito interno de algum Estado.

Sua prerrogativa de atuação é automática nos remetendo ao Princípio da Inerência, já que não depende da anuência de nenhum Estado para dar início a um procedimento, tendo sido realizado de oficio.

Note-se que essa prerrogativa só servirá para os crimes de genocídio levando em consideração sua maior gravidade.

Por fim, pode-se destacar que o Estatuto não é qualquer tratado como qualquer outro, mas sim um tratado especial, e que em sendo assim possui natureza supraconstitucional, fazendo com que suas normas superam as normas do Direito Interno.

2.2 Competência Ratione Materiae

A competência ratione materiae refere-se ao grupo de crimes, sendo eles de maior gravidade, em que o Tribunal Penal Internacional atua para processar e julgar seus infratores.

Tais crimes, devem necessariamente afetar todo o conjunto internacional dos Estados e da Humanidade.

Sendo assim, os delitos de competência material do TPI são: crime de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão, elencados no artigo 5º do Estatuto de Roma, que segue *in verbis*:

> Artigo 5º - Crimes da Competência do Tribunal:
> A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes:
> a) O crime de genocídio;
> b) Crimes contra a humanidade;
> c) Crimes de guerra;
> d) O crime de agressão.

O grupo de crimes acima citado, concerne ao núcleo duro dos direitos humanos, no entendimento do doutrinador Valério de Oliveira Mazzuoli.

Em outras palavras, trata-se de um conteúdo protegido ardilosamente, para que sua essência seja conservada, ou seja, para que os direitos humanos sejam preservados.

2.2.1 Crime de Genocídio

O crime de genocídio, de maneira evidente, foi a principal preocupação quando da criação do Tribunal Penal Internacional.

Como anteriormente já dito, o Holocausto foi o estopim para que esse tribunal torna-se realidade.

Como expressamente elencado pelo artigo 6º do Estatuto de Roma, entende-se por genocídio alguns atos enumerados com a finalidade de se extinguir mesmo que em parte certo grupo de pessoas.

> Artigo 6º - Crime de Genocídio
> Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "genocídio", qualquer um dos atos que a seguir se enumeram, praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal:
> 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) Transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo.

Tanta repercussão teve esse delito pós Segunda Grande Guerra Mundial, que em nove de dezembro de 1948, foi feito um tratado internacional pela Assembleia Geral das Nações Unidas, criando a Convenção para a Preservação e a Repressão do crime de Genocídio, tendo o Brasil adotado a essa Convenção em 6 de maio de 1952 com o Decreto 30.882.

Interessante ressaltar nos ensinamentos de Valério de Oliveira Mazzuoli:

> A consagração do crime de genocídio, pelo Estatuto de Roma, é bom que se frise, se deu a exatos 50 anos da proclamação, pelas Nações Unidas, da Convenção sobre a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio. Trata-se, portanto, de um dos maiores e mais importantes presentes, já entregues à humanidade, pelo cinquentenário da Convenção de 1948. (Mazzuoli, 2014, p.1039)

Assim, o crime de genocídio ganha espaço e é sem dúvidas colocadas em pauta no direito internacional, sendo ele, a maior violação aos direitos humanos.

2.2.2 Crimes contra a Humanidade

Um segundo delito também da competência do Tribunal Penal Internacional são os crimes contra a humanidade, que da mesma forma que o crime de genocídio, o Estatuto de Roma, trás em seu artigo 7º as possíveis condutas que caracterizam essa grave transgressão.

> Artigo 7 - Crimes contra a Humanidade
> 1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crime contra a humanidade", qualquer um dos atos seguintes, quando cometido 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, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal;
> i) Desaparecimento forçado de pessoas;
> j) Crime de apartheid;
> k)Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.

No artigo seguinte, o Estatuto segue dando explicações de como se configuraria algumas das modalidades dos crimes conta a humanidade, dando conceitos a respeito dessas determinadas condutas.

O crime de homicídio, prática muito conhecida nos dias atuais, entra na seara

internacional, onde então seria praticada a morte generalizada ou sistemática contra qualquer população civil.

Quanto ao extermínio seria a prática de retirar algo essencial a vida, de uma parte da população, objetivando o fim dela.

Já a escravidão, nos trás a tona a noção de propriedade, tornar aquela pessoa um objeto seu com o fim de usá-lo em seu proveito, o típico tráfico de pessoas.

A deportação nos remete a expulsão forçada de um grupo de pessoas para outro local, sem qualquer motivo que o leve a ser necessário. A prisão, qualquer privação de liberdade do indivíduo.

Por outro lado à tortura, como ato de dor ou sofrimento, tanto físico como mental.

Recebe notório reconhecimento os crimes sexuais, muito bem representados no item g, do artigo 7º do Estatuto, como sendo qualquer agressão sexual, incluindo a prostituição forçada e a gravidez decorrente de estupro.

Por perseguição, entende-se por qualquer privação intencional decorrente de discriminação de raça, gênero, cultura e etnia.

O desaparecimento forçado de pessoas é entendido como detenção, prisão ou sequestro de pessoas seguidos da privação da liberdade daqueles que forem vítimas do desaparecimento.

Por fim, o Apartheid[2] que serviu como uma forma de libertar a comunidade da humilhação sistemática de um grupo racional sobre outros.

2.2.3 Crimes de Guerra

Esses crimes nada mais são que atos praticados no decorrer de conflitos militares sem um fundamento crível, apenas por necessidades políticas.

O artigo 8º do Estatuo de Roma trata dos crimes de guerra em vinte e seis incisos distintos, entre eles o homicídio doloso, tortura ou qualquer outra forma de tratamento cruel ou desumano, destruição ou apropriação de bens em larga escala entre outras modalidades.

Apesar da quantidade de atos que o artigo 8º trás a respeito dos crimes de guerras, esses são meramente exemplificativos, bastando apenas esses para fundamentar a criação do Tribunal Penal Internacional, já que são exemplos claros de violação ao direito internacional

[2] Regime de segregação racial adotado de 1948 a 1994 pelos sucessivos governos do Partido Nacional na África do Sul, no qual os direitos da maioria dos habitantes foram cerceados pelo governo formado pela minoria branca.

humanitário.

2.2.4 Crimes de Agressão

O crime de agressão não era tipificado nos primórdios da criação do TPI, este teria sido acrescentado ao Estatuto de Roma por força da Resolução RC/RES. 6, de 11 de junho de 2010, na forma do artigo 8º, *bis*, do referido Estatuto.

Nas palavras de Paulo Henrique Gonçalves Portela, quanto ao conceito de crimes de agressão temos:

> De acordo como novo dispositivo em apreço, o crime de agressão consiste, fundamentalmente, no planejamento, preparação ou execução, por parte de uma pessoa competente para efetivamente dirigir a ação política de um Estado, de um ato de agressão que, por suas características, gravidade ou escala, constituam uma manifesta violação da Carta das Nações Unidas. (PORTELA, 2014, p. 548)

No rol destacado no Estatuto de Roma referente aos crimes de agressão encontram-se: invasões ou ataques armados aos territórios de outro Estado, ocupações militares, bombardeios, bloqueios de portos ou de regiões costeiras entre outros atos de agressão.

2.3 Penas Aplicáveis

O Estatuto de Roma prevê quatro modalidades de penas que podem ser aplicadas aos condenados pelo Tribunal Penal Internacional. Segue o artigo 77 do Estatuto, *in verbis*:

> Artigo 77, 1. Sem prejuízo do disposto no artigo 110, o Tribunal pode impor à pessoa condenada por um dos crimes previstos no artigo 5º do presente Estatuto uma das seguintes penas:
> a) Pena de prisão por um número determinado de anos, até ao limite máximo de 30 anos; ou
> b) Pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem,
> 2. Além da pena de prisão, o Tribunal poderá aplicar:
> a) Uma multa, de acordo com os critérios previstos no Regulamento Processual;
> b) A perda de produtos, bens e haveres provenientes, direta ou indiretamente, do crime, sem prejuízo dos direitos de terceiros que tenham agido de boa fé.

Assim, temos que as penas são em suma: prisão, por no máximo 30 anos, prisão perpétua, multa, e reparações dos danos causados em indenizações, reabilitação e restituição.

Ressalte-se que o Tribunal não trás a pena de morte, portanto, este não é competente para condenar a pena de morte nenhum de seus sentenciados, frisando inclusive, que aquele que tiver sido preso ilegalmente terá direito a indenização, conforme disposto no artigo 85 do Estatuto.

A prisão, até no máximo trinta anos levaria em conta o elevado grau de ilicitude do crime cometido e também as condições pessoais do acusado, entendimento extraído do artigo 78 do mesmo Estatuto.

A questão da prisão perpétua então se desdobraria em casos de maior barbárie, sendo a pena mais severa que pode ser imposta pelo Tribunal.

Todavia, é assegurada a redução de pena nos termos do artigo 111, quando da sua execução. O Estatuto prevê que aquele que tiver cumprido pelo menos dois terços da pena, ou vinte e cinco anos no caso de prisão perpétua, a redução da pena que poderá ser objeto de reexame.

Para que o reexame seja cabível é necessário que esteja presente pelo menos uma das condições impostas, sendo elas: a cooperação do condenado para com o Tribunal desde o início; ter o indivíduo facilitado à execução e despachos do Tribunal, bem como outros fatores que conduzam a uma clara e significativa alteração das circunstâncias suficiente para justificar a redução da pena.

O cumprimento das penas privativas de liberdade se dará em um Estado que manifestou o interesse e disponibilidade de receber os condenados.

Já as penas de multas, estas serão aplicadas pelos Estados Parte, que será revertida para um fundo existente e destinado para as vítimas dos delitos ocorridos, ou até mesmo para a sua família quando couber.

Segue o mesmo destino àqueles bens que forem decretados seu perdimento por entender ser proveniente direto ou indiretamente do crime.

3. ANÁLISE DA PRISÃO PERPÉTUA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal prevê expressamente no artigo 5º, XLVII, *b*, a proibição de pena de caráter perpétuo e assegura no artigo 5º, § 4º, que o Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. A incorporação do Brasil por esta Corte Internacional foi regulamentada pelo Decreto 4388, em 25/09/2002. No

artigo 77, 1.b do Estatuto de Roma há previsão da pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem.

No contexto apresentado acima, vislumbramos uma aparente contradição: de um lado, previsto pelo poder constituinte originário a vedação de penas perpétuas, de outro, com a emenda constitucional 45 de 2004 a submissão do Brasil ao Tribunal Penal Internacional que prevê a possibilidade de pena de prisão perpétua.

Muitos doutrinadores sustentam que a proibição de penas de caráter perpétuo, prevista no artigo 5º, XLVII, b, da Constituição deve ser interpretado como aplicável ao ordenamento jurídico nacional, não se estendendo tal proibição aos legisladores estrangeiros.

Neste sentido, o professor Valério de Oliveira Mazzuoli que assim dispõe:

> Portanto, a interpretação mais correta a ser dada para o caso em comento é a de que a Constituição, quando prevê a vedação de pena de caráter perpétuo, esta direcionando o seu comando tão somente para o legislador interno brasileiro, não alcançando os legisladores estrangeiros e tampouco os legisladores internacionais que, a exemplo da CDI, trabalham rumo à construção do sistema jurídico internacional. (MAZZUOLI, 2014, p.1053)

Segundo o mesmo autor, a pena de prisão perpétua não pode ser instituída dentro do Brasil, nem por emendas constitucionais nem por tratados internacionais, mas isso não obsta que esta pena possa ser instituída fora do nosso país, em tribunal permanente e de jurisdição internacional, como é o caso do Tribunal Penal Internacional que o Brasil aderiu.

Em que pese o respeito aos argumentos destes estudiosos não é a interpretação que deve prevalecer. O primeiro argumento e, sem dúvida, o mais relevante é a proibição expressa de pena de caráter perpétuo na Constituição Federal, artigo 5º, inciso XLVII, inserida pelo poder constituinte originário.

Inaceitável, por sua vez, a afirmação que as normas constitucionais estejam voltadas somente para órbita interna. No neoconstitucionalismo, que vivemos, é evidente que a Constituição Federal aplica-se tanto para o âmbito interno quanto para as relações internacionais que o Brasil faça parte. É lição do ilustre doutrinador e ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes (2013, p.66): “Há, contudo, escolhas fundamentais que devem sobrepairar ao debate dos poderes constituídos e se impor a interesses circunstanciais”.

A adesão ao Tribunal Penal Internacional foi um passo importante e relevante para o Brasil, almejando coibir os crimes graves contra a humanidade. Porém, isso não significa desobedecer valores estabelecidos na Constituição Federal e afastar a jurisdição penal nacional.

No Brasil, a primeira Constituição a vedar a prisão perpétua foi a de 1934. A partir dela, todas as demais preveem a proibição de tal prisão. Assim, denotamos, numa interpretação histórica das Constituições, que o constituinte originário sempre prezou pela proteção contra penas de caráter perpétuo.

A Constituição de 1988 é fruto do poder constituinte originário e como ressalta o ilustre ministro Gilmar Ferreira Mendes, há desvinculação a normas anteriores e onipotência, capaz de criar do nada e dispor de tudo ao seu talante. Daí resulta a supremacia da Constituição. Nas palavras de Paulo Gustavo Gonet Branco:

> O conflito de leis com a Constituição encontrará solução na prevalência desta, justamente por ser a Carta Magna produto do poder constituinte originário, ela própria elevando-se à condição de obra suprema, que inicia o ordenamento jurídico, impondo-se, por isso, ao diploma inferior com ela inconciliável. (MENDES, 2013, p. 104)

Ademais, a regra que proíbe a pena de caráter perpétuo é uma cláusula pétrea, que são assuntos que o poder constituinte originário excluiu da esfera de deliberação pelo poder reformador.

São conteúdos que visam assegurar o próprio processo democrático e resguardam valores centrais e imodificáveis do Estado Constitucional Democrático de Direito Brasileiro.

Assim, dentre as limitações materiais ao poder constituinte derivado reformador encontramos de forma expressa os direitos e garantias individuais, de onde extraímos a vedação de penas de caráter perpétuo.

José Joaquim Gomes Canotilho aponta que a positivação dos direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos inalienáveis do indivíduo. Ainda, trata da salvaguarda do núcleo essencial: "A ideia fundamental deste requisito é aparentemente simples: existe um núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias que não pode, em caso algum, ser violado." (2000, p.377)

Noutro aspecto, na hipótese de conflito entre regras internacionais e internas, em matéria de direitos humanos, prepondera a aplicação do princípio da prevalência da regra mais favorável à dignidade humana dos sujeitos de direito. Ora, não podemos supor, nem de longe, que obedece este princípio a entrega de um brasileiro ao Tribunal Penal Internacional para que cumpra prisão perpétua.

Salientamos que a constitucionalização do tribunal penal internacional não pode ser entendida como desprestígio ou qualquer restrição à jurisdição nacional. Dizer que o Brasil se submete a sua jurisdição, não significa que suas sentenças são acatadas e executadas pelas

autoridades brasileiras quando contrariarem frontalmente regras da Constituição Federal, como é o caso da prisão perpétua.

A proibição da prisão perpétua decorre ainda do valor da dignidade da pessoa humana, içado ao patamar de fundamento da República Federativa do Brasil, valor central de todo o ordenamento jurídico.

O brilhante professor André de Carvalho Ramos nos explica que há vários usos possíveis da dignidade humana, destacamos: a utilização da dignidade humana para criar limites à ação do Estado e a dignidade da pessoa humana para fundamentar o juízo de ponderação e escolha da prevalência de um direito em prejuízo de outro. Deles, podemos invocar a prevalência da Constituição Federal no tocante à proibição de pena de caráter perpétua para brasileiros. (2015, p.76)

Outro argumento é a vedação do retrocesso que guarda íntima relação com o princípio da segurança jurídica. Ingo Wolfgang Sarlet, jurista brasileiro, relembra que no âmbito do direito constitucional contemporâneo um autêntico Estado de Direito é sempre também um Estado da segurança jurídica, e conclui:

> Assim, para além de assumir a condição de direito fundamental da pessoa humana, a segurança jurídica constitui simultaneamente princípio fundamental da ordem jurídica estatal e, para além desta, da própria ordem jurídica internacional, como dão conta às diversas manifestações deste princípio nos diferentes documentos supranacionais. (SARLET, 2010, p.433)

Da vedação ao retrocesso, que decorre da ordem jurídica constitucional brasileira, concluímos que se uma lei ao regulamentar um mandamento constitucional, institui determinado direito ele se incorpora ao patrimônio jurídico das pessoas e não poderá mais ser suprimido.

Noutra senda, destacamos que a prisão perpétua constitui a privação de liberdade do condenado até a sua morte. Este tipo de condenação retira do indivíduo a esperança de ter novamente seu direito fundamental à liberdade, isto configura uma pena desumana, cruel e injusta.

Verificamos ainda que a pena de prisão perpétua afronta o princípio constitucional da humanização da pena, que fere o princípio da humanidade, pois, não respeita os direitos fundamentais do condenado enquanto ser humano, dispensando tratamento desumano e degradante ao preso.

Um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal é a dignidade da pessoa humana, que serve como uma forma de

limite às arbitrariedades, como por exemplo, a prisão perpétua.

Outro aspecto significativo se refere à consagração no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, do princípio da individualização da pena. Este princípio visa assegurar a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos pendentes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores.

A individualização deve ocorrer na cominação, aplicação e execução da pena. A prisão perpétua vedando a progressão de regimes afronta a individualização da pena na sua execução.

Como bem pontua o professor Cleber Masson:

> Sua finalidade e importância residem na fuga da padronização da pena, da *mecanizada* ou *computadorizada* aplicação da sanção penal, que prescinda da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena preestabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto. (MASSON, 2015, p.606)

Para aplicação deste princípio, o legislador deve obedecer ao inciso XLVII, artigo 5º, da Constituição Federal, que veda a prisão de caráter perpétuo.

Vale destacar, que a pena de prisão perpétua ainda contraria a finalidade da pena, especialmente a prevenção especial positiva, que se preocupa com a ressocialização do condenado, por retirar dele a possibilidade de retornar ao convívio social. Sem promover a ressocialização do criminoso a pena será ilegítima.

O controle de convencionalidade citado pelo ilustre professor Valério de Oliveira Mazzuoli surgiu com a Corte Interamericana de Direitos Humanos e ocorre quando o Poder Judiciário faz um controle de convencionalidade entre as normas jurídicas internas e a Convenção Americana sobre direitos humanos.

O referido autor assevera:

> Destaque-se que todo e qualquer tratado de direitos humanos é paradigma do controle de convencionalidade, e não somente a Convenção Americana". Assim, feito este controle entre o Estatuto de Roma e a Constituição Federal vislumbramos que não há convencionalidade. (MAZZUOLI, 2014, p.413)

Por sua vez, a entrega de um brasileiro nato ao Tribunal Penal Internacional não se confunde com a extradição prevista no artigo 5º, LI da Constituição Federal. A extradição ocorre quando determinado Estado requer o envio de determinado indivíduo para que seja este julgado criminalmente ou possa cumprir pena criminal.

Fábio Konder Comparato pondera:

> A norma em questão nada tem que ver com a extradição, esta regulada nos incisos LI e LII do artigo 5º. Seria obviamente um contrassenso supor-se a transnacionalidade, de pleno direito, de uma norma do ordenamento nacional. (COMPARATO, 2010, p. 482)

Por fim, quando a emenda constitucional 45, no artigo 5º, § 4º aderiu expressamente ao Tribunal Penal Internacional, que por sua vez, prevê a possibilidade de pena de caráter perpétuo é inconstitucional. Não há vazão, no nosso sistema constitucional, para que prevaleça a vontade do legislador derivado reformador em face do poder constituinte originário.

Acrescentamos todos os argumentos elencados acima para não aceitar a possibilidade de prisão perpétua no nosso sistema constitucional. Logo, inadmissível a submissão, sem ressalvas nem restrições do Brasil ao Tribunal Penal Internacional.

4. CONCLUSÃO

Em 1º de julho de 2002 entrou em vigor o Estatuto de Roma, que instituiu o Tribunal Penal Internacional. A velha quimera de uma instância internacional de natureza judicial com competência em matéria penal e de caráter permanente se tornou realidade.

A incorporação do Brasil por esta Corte Internacional foi regulamentada pelo Decreto 4388, em 25 de agosto de 2002. Em 2004, a emenda constitucional 45 introduziu o § 4º no artigo 5º, dizendo expressamente que o Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

Trata-se de um Tribunal independente e com personalidade jurídica própria. Sua jurisdição restringe-se aos crimes que ofendem valores da comunidade internacional, sendo eles o genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e o crime de agressão.

O Tribunal Penal Internacional pode impor à pessoa condenada pena de prisão até o limite máximo de 30 anos ou ainda a pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem. O Tribunal pode ainda, aplicar pena de multa e perda de produtos, bens e haveres provenientes, direta ou indiretamente, do crime, sem prejuízo dos direitos de terceiro que tenham agido de boa fé.

O Brasil manifestou por meio de declaração de voto, sua preocupação com o fato da Constituição Federal Brasileira proibir penas de caráter perpétuo. Porém, independente disto, votou a favor da aprovação do texto do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

A celeuma surge na previsão no Estatuto de Roma da pena de prisão perpétua. A Constituição Federal de 1988 expressamente proíbe a pena de caráter perpétuo no artigo 5º, inciso XLVII.

A instituição do Tribunal Penal Internacional representa um marco histórico na luta contra a impunidade de crimes graves contra a humanidade. No entanto, não podemos desobedecer aos princípios e regras encartados na Constituição Federal.

Concluímos ser impossível aceitar a aplicação de pena de caráter perpétuo prevista no Estatuto de Roma. Esta vedação esta na Constituição Federal do Brasil e foi instituída pelo poder constituinte originário.

A sistemática constitucional não admite prevalecer à vontade do legislador constituinte derivado reformador, quando introduziu via emenda constitucional o § 4º ao artigo 5º aderindo ao Tribunal Penal Internacional, sobre o poder constituinte originário soberano que dispôs expressamente a vedação de penas perpétuas.

Ademais, reiteramos que o artigo 5º, inciso XLVII, trata-se de cláusula pétrea. Logo, matéria imodificável por emenda constitucional. Acrescentamos, ainda, que aceitar a prisão perpétua prevista no Estatuto de Roma é afrontar os princípios da humanização e individualização das penas.

Destarte, finalizamos, considerando inconstitucional a emenda constitucional 45, § 4º, artigo 5º quando aderiu ao Tribunal Penal Internacional. A previsão no Estatuto de Roma de pena de caráter perpétuo afronta cabalmente a Constituição Federal de 1988, que prevê expressamente, a proibição de pena de caráter perpétuo, regra esta, estabelecida pelo poder constituinte originário.

REFERÊNCIAS

BRANCO, Álvaro Castelo. **A tipificação do crime de agressão no Tribunal Penal Internacional**. Ebeji. 20 mar. 2014. Disponível em: <blog.ebeji.com.br/a-tipificacao-do-crime-de-agressao-no-tribunal-penal-internacional/>. Acesso em: 30 mar. 2016

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em:<www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/DA388.htm>. Acesso em: 17 de março de 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Portugal: Almedina.

CARDOSO, Elio. **Tribunal Penal Internacional.** Conceitos, realidades e implicações para o Brasil. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. revista e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

GARCIA, Fernando Lau Mota. **O Tribunal Penal Internacional: funções, características e estrutura**. Âmbito Jurídico. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12141. Acesso em: 30 mar. 2016.

MAIA, Marriele. **O Tribunal Penal Internacional na Grande Estratégia Norte-Americana (1990-2008)**. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2012.

MASSON, Cleber. **Direito Penal, Parte Geral**. vol.1. São Paulo: Método, 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 8. ed. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENEZES, Fábio Victor de Aguiar. **A pena de prisão perpétua e o Tribunal Penal Internacional.** Âmbito Jurídico, Sergipe. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6758&revista_caderno=3. Acesso em: 30 mar. 2016.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 6. ed. atual e ampl. Salvador/BA: Jus Podivm, 2014.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **A eficácia dos direitos fundamentais:** Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. revista, atualizada e ampl.

Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SOUZA, Mateus Gaspar Luz Campos de**. O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Federal de 1988**. Revista Jus Navigandi**,** Teresina, ano 16, n. 2941, 21 jul. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19595>. Acesso em: 30 mar. 2016.