

ENTREGA AO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E A VEDAÇÃO DE EXTRADIÇÃO DE NACIONAIS

Rodrigo Duarte Guimarães



RESUMO

Este artigo tem por objeto de estudo o instituto da entrega previsto no Estatuto de Roma e a possibilidade de sua efetivação no Brasil segundo os preceitos da ordem jurídica aqui vigente, ante a vedação constitucional de extradição de brasileiros, constante do rol de direitos e garantias individuais. Para esta análise, consideramos, de um lado, os eventuais óbices jurídicos, apontados por muitos operadores do Direito, constatáveis a partir de uma análise hermenêutica das normas aplicáveis e, de outro lado, o posicionamento da doutrina brasileira e estrangeira acerca do tema, especialmente no que concerne à sua conformidade com as normas e princípios constitucionais. Levantamos, assim, os argumentos fundantes das hipóteses de constitucionalidade e inconstitucionalidade da entrega de brasileiros ao Tribunal Penal Internacional a que o Brasil aderiu pela ratificação do Estatuto de Roma. Com isso, pretendemos trazer a tona assunto de grande relevo para os aplicadores do direito e para todos os profissionais que se debruçam sobre a temática da proteção dos direitos humanos e dos instrumentos internacionais garantidores desses direitos.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunal Penal Internacional. Entrega. Constitucionalidade.

INTRODUÇÃO

Com o fito de buscar respostas a indagações postas pela doutrina e por diversos operadores do Direito sobre a constitucionalidade da entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional pelo Brasil, analisaremos, a seguir, os institutos da entrega e da extradição, previstos, respectivamente, no Estatuto de Roma e no Estatuto do Estrangeiro no que concerne a suas naturezas jurídicas e às construções doutrinárias acerca do tema.

DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA ENTREGA DE NACIONAIS

DA ENTREGA PREVISTA NO ESTATUTO DE ROMA

O artigo 89, item 1, do Estatuto prevê a obrigação de detenção e entrega de indivíduos pelos Estados Partes quando assim determinado pelo Tribunal, não existindo qualquer ressalva quanto à entrega de nacionais. Destarte, um Estado se pode ver obrigado a entregar um indivíduo que tenha a sua nacionalidade para que venha a ser processado e julgado por aquela corte internacional.

A seguir, transcreveremos os principais dispositivos estatutários que regulamentam a matéria¹:

Artigo 89

Entrega de Pessoas ao Tribunal

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

[...]

Artigo 102

Termos Usados

Para os fins do presente Estatuto:

- a) Por "entrega", entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal nos termos do presente Estatuto.*
- b) Por "extradição", entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno.*

Como visto, o Estatuto prevê a obrigação de entrega de indivíduo

¹ Texto oficial em português extraído do Decreto nº 4388, publicado no DOU de 26/09/2002.

pelos Estados Partes, independentemente da nacionalidade. Dispositivo que nos parece crucial para a efetividade de uma jurisdição penal internacional, pois, como leciona Mazzuoli (2005), para a efetivação e garantia da Justiça Penal Internacional, o Tribunal deve ter poderes para determinar que os acusados da prática de crimes reprimidos pelo Estatuto sejam colocados à sua disposição para ulterior julgamento.

Também nesse sentido, ressalta Cachapuz de Medeiros (2000) que seria inútil criar-se o Tribunal, caso não se conferisse ao mesmo o poder de determinar que os acusados fossem compelidos a comparecer em juízo.

É justamente para o êxito de sua finalidade precípua que, nos termos do art. 86, os Estados Partes deverão colaborar plenamente com o Tribunal, no inquérito e no procedimento criminal, em relação aos crimes de sua competência.

Ante a obrigação imposta pelo Estatuto de Roma, que foi devidamente ratificado e promulgado pelo Governo brasileiro, impõe-se enfrentarmos a questão da possibilidade de entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional, ante a proibição expressa da Carta Magna de extradição de brasileiros.

De rigor, então, a análise do instituto da extradição no nosso ordenamento interno para verificarmos a sua natureza jurídica, a fim de que a possamos confrontar com o instituto da entrega previsto no ato convencional e concluir acerca da extensão da norma constitucional proibitiva.

DA EXTRADIÇÃO

Para a maioria dos autores, a palavra extradição deriva etimologicamente do latim *tradere*, que significa tratado, costume ou promessa de reciprocidade². Há, ainda, quem repute sua origem aos termos latinos *ex-*

2 Castori, Pessina e Lanza apud FARIA, A. Bento de. *Código Penal Brasileiro Comentado*. Rio de Janeiro: Distribuidora Record, 1958, v. 1, p. 87.

*traditione*³, retorno compulsório do reclamado ao Estado reclamante, ou, ainda, *traditio*⁴, transporte de pessoa ou coisa e a sua respectiva entrega. Seja qual for a palavra latina de origem, os pontos essenciais do conceito são equivalentes.

Japiassú (2005) afirma que a extradicação é o mais tradicional de todos os instrumentos de cooperação internacional penal, cuja prática no mundo remonta aos egípcios, caldeus, chineses e gregos, na Antiguidade. Esse autor localiza o primeiro registro histórico de acordo de extradicação no tratado de paz celebrado entre Ramsés II, faraó do Egito, e Hatussili, rei dos Hititas, em 1.280 a.C., que é considerado, também, o documento diplomático mais antigo da história da humanidade.

Da mesma forma, segundo Japiassú (2005), a extradicação tem a natureza jurídica de “instrumento processual de cooperação internacional na luta contra o crime, sob a forma tradicional de cooperação judicial, que se desenvolve **entre dois Estados**, com a intervenção do extraditando, segundo a lei internacional (tratado e convenção), o costume, a promessa de reciprocidade e a lei nacional do país requerido” (grifo nosso).

Para Hildebrando Accioly (1998), a extradicação é o ato pelo qual um Estado entrega um indivíduo acusado de fato delituoso ou já condenado como criminoso, à justiça **de outro Estado** competente para julgá-lo e puni-lo.

Guimarães (2002) define extradicação como a “forma processual admitida, de colaboração internacional, para fazer com que um infrator da lei penal, refugiado em um país, se apresente ao juízo competente **de outro país** onde o crime foi cometido” (grifo nosso).

Como visto, em todos os conceitos referidos, remanescem dois elementos: de um lado, o Estado requerente – que pede a apresentação de um indivíduo acusado ou condenado criminalmente –; e, de outro, um Estado requerido – no qual o indivíduo procurado se albergou.

3 *Véloso (1999)*.

4 *Russomano (1981) e Silva (1989)*.

Semelhantes definições nos apresentam também os autores estrangeiros. Para Manzini⁵, a extradição é o instituto político-jurídico pelo qual **um Estado** pede a entrega (“*consegna*”, em italiano) de um indivíduo acusado ou condenado para que seja processado ou submetido à execução da pena.

Euzébio Gomes⁶ define extradição como o procedimento de que se vale **um Governo** para requerer de outro a entrega (“*entrega*”, em espanhol) de uma pessoa que deve ser submetida a processo penal ou ao cumprimento de uma sanção.

Subsiste, nas definições estrangeiras, a idéia de um país requerente e outro requerido, ou seja, a contraposição de dois Estados, na condição de sujeitos de Direito Internacional Público soberanos e distintos, que se comprometeram à mútua assistência, por acordo bilateral ou tratado internacional, no que diz respeito à apresentação de indivíduos procurados pela justiça e/ou condenados criminalmente.

Os requisitos para o processamento dos pedidos e as concessões de extradição geralmente são estabelecidos em leis internas, em tratados bilaterais ou, ainda, em tratados multilaterais.

Os doutrinadores costumam classificar a extradição como ativa – sob a perspectiva do Estado requerente – e passiva – sob a perspectiva do Estado requerido. Assim, no âmbito brasileiro, a extradição seria ativa quando solicitada pelo Brasil a outro Estado e, passiva, quando requerida por outro Estado ao Brasil. Na primeira hipótese, o pedido subordina-se às regras legais vigentes no país requerido, se inexistir tratado. Já na segunda hipótese, o pedido se subordina à nossa lei interna ou tratado, se existir.

Atualmente, a extradição passiva no Brasil tem suas regras estabelecidas na Lei nº 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro), que foi regulamen-

5 Apud CARNEIRO, Camila Tagliani. *A extradição no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: *Memória Jurídica*, 2002, p. 19.

6 Apud CARNEIRO, op. cit. p. 19.

tada pelo Decreto nº 86.715/81. A extradicação ativa é regulamentada pelo Decreto-Lei nº 394/38.

Para uma melhor análise, transcrevemos, a seguir, os principais dispositivos do Estatuto do Estrangeiro acerca da extradicação passiva.

Título IX

Da Extradicação

*Art. 76. A extradicação poderá ser concedida quando o **governo requerente** se fundamentar em tratado, ou quando prometer ao Brasil a reciprocidade.*

Art. 77. Não se concederá a extradicação quando:

I – se tratar de brasileiro, salvo se a aquisição dessa nacionalidade verificar-se após o fato que motivar o pedido;

[...]

Art. 78. São condições para a concessão da extradicação:

I – ter sido o crime cometido no território do Estado requerente ou serem aplicáveis ao extraditando as lei penais desse Estado; e

II – existir sentença final de privação de liberdade, ou estar a prisão do extraditando autorizada por juiz, tribunal ou autoridade competente do Estado requerente, salvo o disposto no art. 82.

[...] (grifos nossos)

De antemão, na leitura do art. 76 supra, podemos verificar que a extradicação, no Brasil, depende, *a priori*, de requerimento do governo de um outro **Estado**. O seu cabimento também é condicionado ao preenchimento dos dois requisitos estabelecidos no art. 78, quais sejam: a) incidência da lei penal do país requerente e, b) condenação ou mandado de prisão devidamente expedido, no país requerente, em face do extraditando.

Como visto, a extradicação não se destina a fazer com que meros suspeitos ou pessoas cuja presença em um processo seja desejada venham a ser entregues por um país a outro. Não caberia extradicação para mero interrogatório; há necessidade de decretação de prisão preventiva pelos órgãos competentes do país requerente⁷.

⁷ Extradicação nº 341/1979 STF.

Também percebemos, na exegese do texto legal (art. 77), que, em regra, é vedada a extradição de brasileiros. Nesse sentido, a norma proibitiva foi parcialmente⁸ recepcionada pela Constituição brasileira de 1988, que, seguindo a tradição desde a Constituição de 1934⁹, proscreve, via de regra, a extradição de brasileiros. Temos, dessa forma, uma autêntica limitação *ratione personae*, estabelecida pela Carta Magna de 1988:

TÍTULO II

DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

CAPÍTULO I

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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

[...] (grifo nosso)

Ressalte-se que, conforme o disposto no § 4º do art. 60 da Constituição, a norma transcrita é considerada “cláusula pétrea”, com o que não pode ser objeto de emenda constitucional, vez que se trata de dispositivo inserto no rol de direitos e garantias individuais.

Ante o exposto, admitem-se atualmente apenas duas hipóteses de extradição de nacional, a saber: a) em caso de brasileiro naturalizado que praticou crime comum antes da naturalização; e b) em caso de brasileiro naturalizado com comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, antes ou depois da naturalização.

8 A recepção foi parcial, haja vista que o texto da atual Carta Magna admite uma hipótese para extradição de brasileiro naturalizado posterior à aquisição da nacionalidade, quando se tratar de crime de tráfico ilícito de entorpecentes (art. 5º, inc. LI, da CF).

9 A Constituição imperial de 1891 e a lei de 1911 que regulamentava a extradição permitiam a extradição de nacionais.

O Supremo Tribunal Federal tem-se manifestado reiteradamente pelo cabimento da extradicação de brasileiros naturalizados, nas hipóteses estabelecidas pelo constituinte.

HABEAS CORPUS. Extradicação de brasileiro naturalizado anteriormente condenado no país de origem por crimes comuns. Artigo 77, I da Lei 6.815/80, em face da norma do artigo 5., inciso LI da Constituição de 1988. Desnecessidade de prévia anulação da naturalização, para a concessão da extradicação. Alegações sobre a identidade entre os crimes praticados no país de origem e os previstos na legislação penal brasileira, cujo exame excede o âmbito do habeas corpus, devendo ser deduzidas no processo de extradicação. Habeas corpus denegado.

HC 67621 / DF Rel. Min. CARLOS MADEIRA DJ 16/08/1991 p.10786

Extradicação: brasileiro naturalizado antes do crime de tráfico internacional de entorpecentes no qual se suspeita de sua participação: razões do indeferimento. I. Extradicação: tráfico internacional de entorpecentes: competência do Estado requerente. 1. A vista da Convenção Única de Nova York, de 1961 (Art. 36, II, a, I), e para efeitos extradicionais, cada uma das modalidades incriminadas, no tipo misto alternativo de tráfico de entorpecentes, deve considerar-se um delito distinto: donde, a competência da Itália para julgar o crime de importação para o seu território de droga remetida do Brasil, sem prejuízo da jurisdição brasileira sobre os momentos antecedentes do mesmo episódio criminoso. II. Extradicação de brasileiro naturalizado anteriormente ao crime, no caso de "comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes, na forma da lei" (CF, art. 5., LI, parte final): pressupostos não satisfeitos de eficácia e aplicabilidade da regra constitucional. 1. Ao princípio geral de inextraditabilidade do brasileiro, incluído o naturalizado, a Constituição admitiu, no art. 5., LI, duas exceções: a primeira, de eficácia plena e aplicabilidade imediata, se a naturalização é posterior ao crime comum pelo qual procurado; a segunda, no caso de naturalização anterior ao fato, se se cuida de tráfico de entorpecentes: aí, porém, admitida, não como a de qualquer estrangeiro, mas, sim, "na forma da lei", e por "comprovado envolvimento" no crime: a essas exigências de caráter excepcional não basta a concorrência dos requisitos formais de toda extradicação, quais sejam, a dúplice incriminação do fato imputado e o juízo estrangeiro sobre a seriedade da suspeita. [...]

Ext 541/EUA - Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE DJ 18/12/1992 p.24374

Ousamos discordar dos autores que apontam, em acréscimo às alternativas de extradicação de naturalizados, a possibilidade de o brasileiro nato ser extraditado quando houver comprovado envolvimento em tráfi-

co ilícito de entorpecentes e drogas afins¹⁰. Parece-nos que há um equívoco na exegese da norma constitucional, que outra interpretação não pode ter, de acordo com a concordância gramatical, senão a de que apenas o brasileiro naturalizado pode ser extraditado. A conjunção prepositiva “*em caso de*” logo após o termo “*naturalizado*” restringe as hipóteses que seguem a “*naturalizado*”. A segunda possibilidade de extradição se inicia por “*de*” (“*[...], ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes [...]*”-grifo nosso), não deixando dúvidas de que se trata do complemento da locução prepositiva “*em caso...*”.

Portanto, fora de tais hipóteses, é vedada a extradição de nacionais. Essa proibição revela uma preocupação do constituinte quanto à confiabilidade no julgamento e no tratamento dos brasileiros pelos Estados estrangeiros.

Os autores apontam os seguintes argumentos em favor da não extradição de nacionais:

- 1) os Estados devem proteção a seus nacionais e, por conseguinte, têm obrigação de garantir-lhes uma justiça imparcial;
- 2) os Estados não devem abdicar parcela alguma de sua soberania, e a entrega de um nacional a uma justiça estrangeira constitui uma espécie de renúncia a direitos inerentes à soberania;
- 3) todo indivíduo tem o direito de viver no território e sob a proteção do Estado de que é nacional, e, portanto, seria injusto afastá-lo da pátria, contra a sua vontade.

Accioly (1998), objetando a proscrição de extradição de nacionais, rebate esses argumentos asseverando, primeiro, que a proteção devida pelo Estado aos seus nacionais não pode ser entendida de maneira que impeça o comparecimento destes perante juízes estrangeiros; assim, a falta de confiança na justiça estrangeira não justificaria apenas a não-entrega dos nacionais, mas de qualquer pessoa, ainda que estrangeiro. Em continuação, afirma que nem a soberania do Estado é absoluta, nem

¹⁰Japiassú (2005) e Accioly (1998).

a dignidade de um Estado fica ofendida pela entrega de nacionais a uma justiça estrangeira, especialmente porque tal entrega depende do exame prévio dos fundamentos do pedido pelas autoridades nacionais. Por fim, a não-extradicação de nacionais pode criar um grave inconveniente, qual seja o de deixar impune o indivíduo que, já condenado em país estrangeiro, refugia-se no país de nacionalidade.

Entretanto, nem sempre foi essa a tradição em nosso ordenamento. Antes de 1934, não era proibida a extradicação de nacionais. Da mesma forma, no direito comparado, percebemos que, em países onde prevalece o princípio da territorialidade absoluta da lei penal, é admitida a extradicação de nacionais, como no caso da Grã-Bretanha.

DA ENTREGA DE NACIONAIS

Seria, então, constitucional o dispositivo que prevê a entrega de qualquer indivíduo ao Tribunal Penal Internacional, independentemente da sua nacionalidade?

Diversos autores já se debruçaram acerca dessa temática. A posição predominante e quase unânime da doutrina é no sentido da inexistência de conflito com a Constituição Federal de 1988, como demonstraremos a seguir.

Carlos Frederico Pereira (2005) chega a afirmar que parece inusitado discutir-se a aplicação de um tratado já assinado e sua aplicabilidade frente ao nosso Direito, quando a sua vigência já é uma realidade. Contudo, pondera o autor, que, como o Supremo Tribunal Federal, guardião do respeito à Lei Maior, ainda não foi chamado a pronunciar-se sobre o tema, e sendo certo que há questionamentos sobre a constitucionalidade do Estatuto, torna-se pertinente a análise da temática sob a perspectiva constitucional.

Da análise das diversas obras que versam especificamente sobre o

assunto, percebe-se que os autores que não afirmam a constitucionalidade do dispositivo estatutário também não asseveram expressamente sua inconstitucionalidade, apenas sugerindo a necessidade de sua adequação ao nosso sistema jurídico¹¹.

Encontramos, assim, certa dificuldade em levantar argumentos contrários à constitucionalidade da entrega de nacionais, por falta de fonte doutrinária. Porém, utilizaremos outros instrumentos metodológicos, a saber: a) análise conjunta dos dispositivos legais (Estatuto de Roma e Constituição Federal); b) contra-argumentação da corrente defensora da constitucionalidade; e c) aplicação de interpretação analógica, considerando o instituto similar da extradição.

DOS ARGUMENTOS REFERENTES À INCONSTITUCIONALIDADE DA ENTREGA DE NACIONAIS

Quais seriam os argumentos fundantes da existência de conflito entre a obrigação de entrega prevista no Tratado de Roma e a Constituição Federal brasileira?

Primeiro, se considerarmos que entrega e extradição têm a mesma natureza jurídica, ou seja, que essencialmente são o mesmo instituto, apenas com terminologias distintas, não haveria como coadunar a entrega de nacionais com o nosso ordenamento jurídico, que, por preceito constitucional intransponível, veda a extradição de brasileiros. Assim, a distinção entre entrega e extradição feita no art. 102 do Estatuto de Roma seria meramente terminológica, não interferindo na essência dos institutos, na sua natureza jurídica.

Esse argumento pode ser reforçado pelas definições de extradição concebidas pela doutrina brasileira e estrangeira, que sempre utilizam a expressão “entrega” para caracterizar a natureza jurídica do instituto, como já explicitado na Seção (Da Estradição) do presente trabalho. A

¹¹ Por exemplo: Carneiro (2002).

utilização reiterada dessa expressão revelaria que, ontologicamente, a entrega no Estatuto de Roma e a extradicação, tradicionalmente prevista no nosso ordenamento jurídico, são a mesma coisa, ambos significando a entrega de um indivíduo requerida por um ente de Direito Internacional Público.

O fato de o requerimento de entrega ser efetivado por um Estado ou por um Tribunal não seria da essência do instituto, mas apenas um elemento acessório insignificante diante da proteção constitucional. Ao vedar a extradicação de nacionais, quis o constituinte reservar ao Judiciário brasileiro o julgamento dos nacionais que aqui se encontrem, independentemente de quem requeira a sua entrega.

Some-se a isso a condição do Estatuto de Roma como tratado internacional devidamente promulgado pelo Governo brasileiro, por meio do Decreto nº 4388/2002, que ingressaria em nosso ordenamento jurídico, conforme alguns, com *status* de lei ordinária, não podendo, portanto, ter validade disposições conflitantes com a Carta Magna. Nesse sentido têm sido as decisões do Supremo Tribunal Federal todas as vezes em que foi instado a pronunciar-se acerca do posicionamento dos tratados na ordem jurídico-hierárquica brasileira.

É bem verdade que a norma acrescentada pela Emenda Constitucional nº 45¹² possibilitou a votação qualificada de tratados internacionais que versem sobre direitos humanos (art. 5º, §3º, da CF), a fim de que adquiram força de Emenda Constitucional. Entretanto, esse novo regramento não poderia ser aplicado ao Estatuto de Roma para considerá-lo inserto no ordenamento jurídico pátrio sob *status* constitucional, pois não houve, no caso, a votação qualificada prevista naquele dispositivo (aprovação, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros). Assim, para que o Estatuto adquirisse *status* constitucional necessário seria submetê-lo novamente ao

12 “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

crivo do Congresso Nacional, dependendo de aprovação mediante *quorum* qualificado.

Não se poderia, de idêntica maneira, considerar o disposto no art. 5º, §4º, da Constituição Federal de 1988¹³ para fins de convalidação do ato que ratificou e promulgou o Tratado de Roma, eis que sua ratificação e promulgação pelo Brasil já seriam por si inconstitucionais ao tempo em que praticados.

Tomando por base os argumentos acima explicitados poderíamos chegar a duas conclusões.

Para muitos, a existência de um e apenas um dispositivo inconstitucional no Estatuto de Roma já tornaria a sua ratificação inconstitucional, visto que expressamente o tratado não admite reservas ou aplicação parcial. Assim, partindo-se da premissa de que o instituto da entrega afrontaria disposição expressa na Lei Maior, o decreto-legislativo que autorizou a ratificação do tratado (Decreto-Legislativo nº 112/2002) estaria eivado de inconstitucionalidade e, portanto, da mesma forma seriam inconstitucionais todos os atos que se seguiram para a implementação daquele acordo internacional no Brasil.

Mesmo que reconhecêssemos, por força de argumentação, o status de Emenda Constitucional ao Estatuto de Roma, ante a nova redação dos §§ 3º e 4º do art. 5º da Constituição, ainda assim, ele não passaria imune pelo crivo de controle de constitucionalidade, haja vista violar garantia fundamental (garantia de não extradição de nacionais - art. 5º, II, da CF), não sendo admitida sequer proposta de emenda tendente a abolir direitos e garantias individuais (art. 60, §4º, da CF).

Finalmente, mais uma vez por força de argumentação, não seria pertinente a defesa da constitucionalidade do Tratado de Roma com base no art. 7º do ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), pois ali apenas está dito que o “Brasil propugnará pela formação

13 “§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.”

de um tribunal internacional dos direitos humanos”. Porém, em nenhum momento o constituinte autorizou a adesão a um tribunal com regras inconstitucionais. A necessidade dos tratados – ou de quaisquer normas infraconstitucionais – adequarem-se à nossa Constituição não precisa estar expressa, ela é lógica.

De outro lado, poder-se-ia defender a plena vigência do Estatuto de Roma no Brasil, apenas considerando-se inviável, por absoluta inconstitucionalidade, a entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional. Assim, o Brasil apenas cumpriria a norma inserta no art. 89, 1, da convenção estatutária quando a ordem de entrega não incidisse sobre brasileiros, ou nas hipóteses em que a nossa Lei Magna admite extradicação de naturalizados.

Ao descumprir o preceito estatutário, o Brasil estaria sujeito a responsabilização internacional por ofensa a obrigação a que se submeteu por acordo internacional.

Em face do exposto, acolhendo-se os argumentos apresentados nesta seção, poderíamos adotar um dos seguintes entendimentos quanto à incorporação do Tratado de Roma no Brasil: a) o dispositivo concernente à entrega de pessoas ao tribunal seria inconstitucional na parte em que obriga o Brasil a entregar nacionais e, conseqüentemente, o Estatuto não poderia ser aqui aplicado, e sua promulgação estaria maculada pela inconstitucionalidade; e b) o artigo que dispõe sobre a entrega de pessoas ao tribunal seria inconstitucional na parte em que obriga a entrega de nacionais, inviabilizando o cumprimento dessa norma estatutária pelo Brasil, que incidiria, eventualmente, em ilícito internacional.

DOS ARGUMENTOS REFERENTES À CONSTITUCIONALIDADE DA ENTREGA DE NACIONAIS

Todavia, mesmo com todos os óbices ora apontados, a doutrina majoritária e quase unânime no Brasil tem-se manifestado pela plena adequação do preceito estatutário ao ordenamento pátrio.

O argumento reiterado em todas as obras consultadas é o de que o instituto da entrega teria natureza jurídica distinta da extradição e com esta não se confundiria. Nesse sentido, a existência, na extradição, de dois sujeitos de Direito Público Internacional, de um lado o país que requer e de outro o Estado requerido, seria o traço distintivo da sua natureza jurídica em relação ao instituto da entrega.

A entrega prevista no Estatuto de Roma, diferentemente da extradição, não se dá entre dois países, mas entre um país e um tribunal internacional de que este país é parte. Assim, como bem ressaltam as definições propostas pelos autores consultados, na extradição, diferentemente da entrega ao Tribunal, sempre há dois Estados intervenientes, caracterizando-se pela entrega de uma pessoa a uma jurisdição estrangeira.

Como assevera Mazzuoli (2005), a jurisdição do Tribunal Penal Internacional não é estrangeira, mas sim internacional, podendo afetar todo e qualquer Estado Parte da Organização das Nações Unidas.

Tarciso Dal Maso (2000), tendo em vista as dúvidas concernentes à constitucionalidade do instituto da entrega, aponta três razões para a conformidade constitucional da ratificação do Estatuto pelo Brasil:

- a) a extradição se reporta à entrega de uma pessoa de uma jurisdição soberana a outra; já a entrega prevista no Estatuto transfere determinada pessoa a uma jurisdição penal internacional que o próprio País ajudou a construir;
- b) o Estatuto de Roma tem *status* de norma constitucional, vez que é tratado internacional de direitos humanos e, conforme a regra do §2º do art. 5º da CF, tais tratados ratificados pelo Brasil teriam caráter de norma constitucional;
- c) o art. 7º do ADCT propugna a criação de um tribunal internacional de direitos humanos e, conforme o art. 4º, inc. II, da CF, o Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos.

Nesse sentido também se põe o entendimento de Mazzuoli (2005), que, ao distinguir entrega de extradicação, assevera que não se trata de entregar alguém para outro sujeito de Direito Internacional Público, de categoria igual à do Estado Parte, também dotado de soberania na ordem internacional, mas sim a um organismo internacional de que fazem parte vários Estados.

Destarte, o ato de entrega seria aquele feito pelo Estado a um tribunal internacional de jurisdição permanente, diferentemente da extradicação, que é feita por um Estado a outro, a pedido deste, em plano de absoluta igualdade.

Para Japiassú (2005), o entendimento de que poderia haver incompatibilidade entre o artigo 5º, inc. LI, da Constituição brasileira e o art. 89 do Estatuto não se afigura o mais acertado. O autor assevera que a hipótese de entrega de nacional para julgamento pelo Tribunal Penal Internacional significa a entrega de um indivíduo perante tribunal internacional do qual o Brasil é membro, e não a um tribunal estrangeiro. Haveria, no Estatuto, a entrega pelo Estado a outro órgão julgador que, se não é nacional, engloba a jurisdição nacional, o que afasta qualquer possível incompatibilidade com a Lei Maior brasileira.

Japiassú (2005) ressalta, inclusive, que essa dúvida perdurou durante a própria Conferência de Roma em 1998. A delegação brasileira, apesar de votar a favor do Estatuto na plenária final, fez declaração de voto ressaltando as dificuldades constitucionais que poderiam advir como consequência da admissão da entrega de nacionais.

Na mesma linha de argumentação, o jurista Saulo Bahia (2005) assevera que a entrega de indivíduos ao Tribunal Penal Internacional não seria propriamente extradicação (conceituada como entrega a uma jurisdição estrangeira competente para julgar e punir o acusado ou condenado), mas a submissão do acusado ou condenado à própria justiça, ainda que em grau de instância internacional, pois a previsão do art. 7º do ADCT consubstancia a criação de um órgão que passa a integrar a estrutura judiciária brasileira, como última instância.

Some-se a esse argumento a obrigatoriedade de cooperação do Estado Parte no decorrer do inquérito e dos procedimentos em face de crimes de competência do Tribunal, resguardada por dispositivos do próprio Estatuto (arts. 86, 87, §1º e 88), inclusive comprometendo-se a assegurar que seu direito interno preveja procedimentos que permitam responder a **todas** as formas de cooperação, sem as quais o Estatuto se constituiria em letra morta.

Justamente por isso não se admitem reservas ao Estatuto. Pois, como bem pondera Mazzuoli (2005), caso fossem admitidas, países menos desejosos de cumprir os seus termos poderiam pretender excluir (por meio de reserva) a entrega de seus nacionais ao Tribunal, alegando que tal ato viola a proibição constitucional de extradição de nacionais, não obstante ter o Estatuto distinguido a “entrega” da “extradição”.

Em oposição às críticas feitas ao instituto da entrega no Estatuto de Roma, Cachapuz de Medeiros (2000) assevera que seria de todo inútil criar um Tribunal Penal Internacional caso não se conferisse ao mesmo o poder de determinar que os acusados fossem compelidos a comparecer em juízo.

De outro lado, tendo em consideração que o fundamento existente nas constituições contemporâneas que proíbem a extradição de nacionais está ligado ao fato de a justiça estrangeira poder ser injusta e julgar o nacional de outro Estado sem imparcialidade, essa escusa seria inoponível ao Tribunal Penal Internacional, cujos crimes estão previamente definidos no Estatuto de Roma e cujas normas processuais são consideradas das mais avançadas do mundo no que concerne às garantias da justiça e da imparcialidade dos julgamentos.

Por fim, temos que considerar o novel dispositivo constitucional que, no seio dos direitos e garantias individuais, propugna pela participação brasileira no Tribunal Penal Internacional.

TÍTULO II

DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

CAPÍTULO I

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5º [...]

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

A partir do preceito incluído pela Emenda nº 45, de 08/12/2004, o poder constituinte derivado expressamente manifestou-se pela constitucionalização do Tribunal Penal Internacional e, mais que isso, reconheceu-o como instrumento garantidor dos direitos e garantias individuais protegidos pela Lei Magna.

CONCLUSÃO

Ao final da pesquisa sobre o tema, é pertinente ressaltar que este trabalho não teve a pretensão de esgotar todas as perspectivas de análise do Estatuto de Roma. Em verdade, resta-nos patente a constatação de que muito há a ser desbravado na seara da responsabilização penal internacional. De certa maneira, em razão de tantas outras questões que surgiram no transcurso do trabalho e que, por uma opção metodológica, preferimos não aprofundá-las, saímos ainda mais cheios de dúvidas que respostas. Diversas questões decorrentes, como a da necessidade de regulamentação interna da matéria, ou da aplicabilidade imediata do Estatuto, ou, ainda, da constitucionalidade do Decreto-Legislativo autorizador da ratificação, ou, também, da constitucionalidade do dispositivo que prevê pena de prisão perpétua, entre outras, podem servir de material bastante fértil para trabalhos científicos futuros.

Na pesquisa desenvolvida, em que consideramos os ensinamentos de diversos doutrinadores do Direito pátrio e comparado - que se debruçaram sobre a temática objeto deste estudo ou assuntos correlatos, nas searas do Direito Internacional Público, Penal, Penal Internacional e Constitucional - e, ainda, levando em conta a interpretação minuciosa dos dispositivos legais, convencionais e constitucionais incidentes sobre os institutos jurídicos da entrega e da extradicação, concluímos pela exis-

tência de três principais possibilidades de resposta à questão central do presente artigo.

Em uma primeira perspectiva de resposta, a entrega de nacionais requerida pelo Tribunal Penal Internacional ao Brasil seria inconstitucional, nos casos em que a CF inadmite extradição de brasileiros, ante a equivalência jurídica dos institutos da entrega e da extradição, e, conseqüentemente, o próprio Estatuto de Roma, como um todo, seria inconstitucional ante a impossibilidade de sua ratificação com reservas.

Poderíamos, por uma segunda linha de resposta, reconhecer, sob a perspectiva da equivalência dos institutos, a inconstitucionalidade da entrega de nacionais, nos casos em que a CF inadmite extradição de brasileiros; porém admitindo a constitucionalidade da incorporação do Estatuto de Roma no Direito pátrio nos seus dispositivos que não conflitem com o ordenamento interno. De tal forma, a eventual negativa de entrega de nacionais constituiria mero ilícito internacional em virtude do qual o Brasil poderia vir a ser responsabilizado internacionalmente.

Por fim, em uma terceira forma de observação, que corresponde à perspectiva prevalente na doutrina brasileira até o momento, poderíamos concluir que os institutos da entrega e da extradição possuem naturezas jurídicas divergentes e, conseqüentemente, não existiria conflito entre o dispositivo estatutário e o preceito constitucional que veda extradição de brasileiros. Nesse passo, reconheceríamos a constitucionalidade plena do art. 89, 1, do Estatuto de Roma, que poderia ser aplicado no Brasil, com caráter constitucional, para uns, ou infraconstitucional, para outros, mas não havendo, de qualquer forma, óbice à entrega de brasileiros ao Tribunal Penal Internacional sempre que assim for requisitado, na forma e nas hipóteses previstas no Estatuto. ✍

RODRIGO DUARTE GUIMARÃES

Delegado de Polícia Federal.

Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia - UFBA.

Especialista em Direito Material e Processual Penal e Segurança Pública pelo UniCeub.

ABSTRACT

This article intends to analyze the institute of surrender prescribed by the Rome Statute and the possibility of its effectiveness in Brazil as regards as its domestic legal order, especially considering the Constitutional prohibition of nationals extradition, enshrined on the list of individual rights and guarantees. For this analysis, it was considered, in one hand, the domestic legal obstacles pointed by a number of law operators, departing from an hermeneutic analysis of the related legislation, and on the other hand, the position of national and foreign doctrine on this issue, particularly concerning its conformity to Brazilian Law and Constitutional Principles. Thus, this study raises the fundamental arguments regarding both the constitutionality and the unconstitutionality of the provision of surrender of national individuals to the International Criminal Court, which Brazil has adhered by the ratification of Rome Statute. Indeed, this research aims to discuss a topic of great importance to law operators and those professionals that dedicate themselves to the subject of the protection of human rights and its International instruments.

KEYWORDS: International Criminal Court. Surrender. Contitutionality..

REFERÊNCIAS

- ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- AMBOS, Kai (org.); CARVALHO, Salo de (org.). *O Direito Penal no Estatuto de Roma: Leituras sobre Fundamentos e Aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- _____. (org.); CHOUKR, Fauzi Hassan (org.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. (org.); JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (org.). *Tribunal Penal Internacional. Possibilidades e Desafios*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- BAHIA, Saulo José Casali. Problemas Constitucionais do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional: O Caso Brasileiro. In AMBOS, Kai (org.); JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (org.). *Tribunal Penal Internacional. Possibilidades e Desafios*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- BECHARA, Fábio Ramazzini. *Tribunal Penal Internacional e o princípio da complementariedade*. Jus Navigandi, Teresina, a.8, n. 234, 27 fev. 2004. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4865>. Acesso em 28/02/2005.
- CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antonio Paulo. O Tribunal Penal Internacional e a

- Constituição brasileira. In *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2000.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.
- CARNEIRO, Camila Tagliani. *A extradição no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.
- CASSESE, Antonio (org.); DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais*. Tradução de Silvio Antunha. Barueri: Manoele, 2004.
- _____. De Nuremberg a Roma: dos Tribunais Militares Internacionais ao Tribunal Penal Internacional. In: AMBOS, Kai (org.); CARVALHO, Saulo de (org.). *O Direito Penal no Estatuto de Roma: Leituras sobre Fundamentos e Aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- COSTA, Alberto. *Tribunal Penal Internacional. Para o fim da impunidade dos poderosos*. Mem Martins: Editorial Inquérito, 2002.
- ECO, Humberto. *Como se faz uma tese*. 18ª ed., São Paulo: Perspectiva, 2002.
- FARIA, A. Bento de. *Código Penal Brasileiro Comentado*. Rio de Janeiro: Distribuidora Record, 1958, v. 1.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 1988.
- FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 21 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1994.
- GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- GIL, Antonio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2002.
- GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário técnico jurídico*. São Paulo: Rideel.
- GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. *Medidas Compulsórias, a deportação, a expulsão e a extradição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- JARDIM, Tarciso Dal Maso. O Tribunal Penal Internacional e sua importância para os direitos humanos. In *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2000.
- JARDIM, Tarciso Del Maso. *O Tribunal Penal Internacional e sua importância para os Direitos Humanos*. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/cartilha.htm>>. Acesso em 28/02/2005.
- JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Possibilidades e desafios de adequação do Estatuto de

- Roma à ordem constitucional brasileira. In AMBOS, Kai (org.); JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (org.). *Tribunal Penal Internacional. Possibilidades e Desafios*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Tribunal Penal Internacional e o direito brasileiro*. 1 ed. Atual. Com a Emenda Consitucional 45/2004. São Paulo: Premier Máxima, 2005.
- _____. O Tribunal Internacional e as Perspectivas para a Proteção Internacional dos Direitos Humanos no Século XXI. In: AMBOS, Kai (org.); JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (org.). *Tribunal Penal Internacional. Possibilidades e Desafios*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. Implementação do Estatuto de Roma e Aplicação Direta. In AMBOS, Kai (org.); JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (org.). *Tribunal Penal Internacional. Possibilidades e Desafios*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- RICHARDSON, Roberto Jarry. *Pesquisa social: métodos e técnicas*. R. J. Richardson e colaboradores, 3ª ed., São Paulo: Atlas 1999.
- RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *A extradição no Direito Internacional e no Direito Brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1981. p. 14.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público*. vol. 1. São Paulo: Atlas, 2002.
- STEINER, Silvia Helena F. O Tribunal Penal Internacional, a pena de prisão perpétua e a constituição brasileira. In *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2000.
- _____. Silvia Helena F. *O Tribunal Penal Internacional, a pena de prisão perpétua e a constituição brasileira*. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/cartilha.htm>> Acesso em 28/02/2005.
- VELOSO, Kleber Oliveira. *O Instituto Extradicional*. Goiânia: AB, 1999.
- MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *Tribunal Penal Internacional e o princípio da complementariedade*. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/cartilha.htm>>. Acesso em 28/02/2005.