

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (PUC-SP)

Lucas Lopes Boccuzzi

Supraconstitucionalidade do Estatuto de Roma como Solução para as Aparentes Antinomias
com a Constituição Federal

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

São Paulo

2022

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (PUC-SP)

Lucas Lopes Boccuzzi

Supraconstitucionalidade do Estatuto de Roma como Solução para as Aparentes Antinomias
com a Constituição Federal

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), como exigência parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional, sob a orientação da Professora Doutora Marina Faraco Lacerda Gama.

São Paulo

2022

Lucas Lopes Boccuzzi

Supraconstitucionalidade do Estatuto de Roma como Solução para as Aparentes Antinomias
com a Constituição Federal

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), como exigência parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional.

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof^a Dr^a Marina Faraco Lacerda Gama (PUC-SP)

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, Claudia, e ao meu pai, Vito, pelo amor, incentivo e apoio ilimitados.

Ao meu irmão, Matheus, pelas felicidades e alegrias que traz para minha vida. À minha amiga, Rafaela, pela amizade ímpar e por sempre acreditar em mim.

À PUC-SP, por me tornar um profissional e um estudante melhor, desde a graduação e, agora, na especialização. À professora Gisela e aos professores Konstantin, João Paulo, Luis Eduardo, Marcelo e Luiz Guilherme, por todos os conhecimentos transmitidos ao longo do curso. À professora Marina, pelas orientações e pelos ensinamentos inestimáveis.

RESUMO

Trata-se de monografia que, por meio do método hipotético-dedutivo e de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, examina a incorporação do Estatuto de Roma no ordenamento jurídico brasileiro e a submissão do Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, com foco na necessidade de corrigir aparentes antinomias entre determinados dispositivos do Estatuto de Roma e da Constituição Federal. Para solucionar a questão, defende-se que o Estatuto de Roma possui natureza jurídica supraconstitucional e, nessa condição, por meio do critério hierárquico, os conflitos normativos podem ser solucionados. Para desenvolver o trabalho, estuda-se a natureza jurídica de tratado internacional de direitos humanos do Estatuto de Roma, tendo em vista os princípios que o regem e a competência do Tribunal Penal Internacional, e a forma pela qual foi internalizado. Em seguida, enfrenta-se os posicionamentos da doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que tratam da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos e, nesse sentido, qual é o *status* do Estatuto de Roma. Ainda, relaciona-se as antinomias do Estatuto de Roma com a Constituição Federal, bem como as soluções apresentadas pela doutrina para preservar a harmonia do sistema jurídico brasileiro. E, por fim, conclui-se que, apesar de os tratados internacionais sobre direitos humanos terem hierarquia constitucional, o Estatuto de Roma, em especial, possui natureza supraconstitucional, o que representa a solução para as aparentes antinomias.

Palavras-chave: Estatuto de Roma. Constituição Federal. Antinomia jurídica. Supraconstitucionalidade. Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

ABSTRACT

This paper, through the hypothetical-deductive method and doctrinal and jurisprudential research, examines Rome Statute's incorporation into the Brazilian legal system and Brazil's submission to the jurisdiction of the International Criminal Court, focusing on the need to correct apparent antinomies between certain provisions of the Rome Statute and the Federal Constitution. Looking for the resolution of this issue, it is advocated that the Rome Statute has a supraconstitutional legal nature and, in this condition, through the hierarchical criterion, normative conflicts can be resolved. The development of this paper is based on the study of the legal nature of Rome Statute's international human rights treaty, in view of the principles it conducts and the International Criminal Court's competence, and how it was internalized. Subsequently, the positions of the doctrine and the Supreme Court's jurisprudence that deals with the international human rights treaties' hierarchy are analyzed and, in that regard, what the Rome Statute status is. Still, relates the antinomies between the Rome Statute and the Federal Constitution, as well as the solutions presented by the doctrine to preserve the harmony of the Brazilian legal system. Finally, it is concluded that, although international human rights treaties have a constitutional hierarchy, the Rome Statute, in particular, has a supraconstitutional nature, which represents the solution to the apparent antinomies.

Key-words: Rome Statute. Federal Constitution. Legal antinomy. Supraconstitutionality. International Human Rights Treaties.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	7
2	O ESTATUTO DE ROMA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.....	11
2.1	Princípios que regem o Estatuto de Roma.....	11
2.2	Competência do Tribunal Penal Internacional.....	14
2.3	Internalização ao ordenamento jurídico brasileiro.....	18
3	HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL E O ESTATUTO DE ROMA.....	22
3.1	Posicionamentos sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos.....	22
3.1.1	Hierarquia legal.....	22
3.1.2	Hierarquia supralegal.....	24
3.1.3	Hierarquia constitucional.....	26
3.1.4	Hierarquia supraconstitucional.....	31
3.2	Hierarquia do Estatuto de Roma no ordenamento jurídico brasileiro.....	33
4	O ESTATUTO DE ROMA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL: CONFLITOS E SOLUÇÕES.....	35
4.1	Antinomias jurídicas.....	35
4.1.1	Entrega de nacional.....	36
4.1.2	Exceção à coisa julgada.....	37
4.1.3	Prisão perpétua.....	38
4.1.4	Reserva legal.....	38
4.1.5	Imunidades e prerrogativa de foro.....	39
4.1.6	Imprescritibilidade.....	40
4.2	Soluções apresentadas pela doutrina.....	40
4.2.1	Interpretações que negam a existência de antinomias.....	41
4.2.2	CrITÉrio da norma mais benéfica ao ser humano.....	46
4.3	A supraconstitucionalidade do Estatuto de Roma como solução definitiva.....	49
5	CONCLUSÃO.....	52
	REFERÊNCIAS.....	54

1 INTRODUÇÃO

O Estatuto de Roma, que instituiu o Tribunal Penal Internacional (TPI), enquanto tratado internacional, foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, por meio do Decreto nº 4.388/2002, de autoria do Presidente da República, após ter sido aprovado por meio do Decreto Legislativo nº 112/2002.

A partir do final do ano de 2019, o TPI ganhou evidência no cenário nacional por meio de manchetes de jornais dos principais veículos de mídia do país, que passaram a publicar diversas notícias sobre a apresentação, por diferentes atores sociais e políticos, de denúncias em face do Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, perante a referida Corte Internacional.

A primeira denúncia, de iniciativa da Comissão Arns e do Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos (CADHu), ocorreu em novembro de 2019. As organizações alegaram que o Presidente da República praticou crimes contra a humanidade e de incitação ao genocídio, ambos contra os povos indígenas.¹

Porém, o número de denúncias em face do Presidente aumentou com o advento da pandemia de coronavírus, a qual assolou o país causando um enorme número de mortos. Nesse sentido, em abril de 2020, a Associação Brasileira de Juristas pela Democracia (ABJD) protocolou uma representação no TPI, tendo como fundamento a prática de crime contra a humanidade, por entender que o Presidente, com atitudes comissivas e omissivas, estaria colocando as vidas dos brasileiros em risco ao estimular o contágio e a proliferação do vírus.²

Na mesma toada, o Partido Democrático Trabalhista (PDT), em junho de 2020,³ e uma coalizão sindical de profissionais da saúde do Brasil, em julho do mesmo ano,⁴ também apresentaram denúncia no TPI contra o Presidente Jair Bolsonaro por crime contra a

¹ COMISSÃO Arns e CADHu denunciam presidente da República ao Tribunal Penal Internacional. **Comissão Arns**, 12 nov. 2019. Disponível em: <https://comissaoarns.org/blog/2020-12-15-comiss%C3%A3o-arns-e-cadhu-denunciam-presidente-da-rep%C3%BAblica-ao-tribunal-penal-internacional/>. Acesso em: 17 nov. 2021.

² ABJD denuncia Bolsonaro por crime contra a humanidade no Tribunal Penal Internacional. **ABJD**, 03 abr. 2020. Disponível em: <http://www.abjd.org.br/2020/04/abjd-denuncia-bolsonaro-por-crime.html>. Acesso em: 17 nov. 2021.

³ TRIBUNAL Penal Internacional atende pedido do PDT e analisa denúncia contra Bolsonaro. **PDT**, 08 jun. 2020. Disponível em: <https://www.pdt.org.br/index.php/tribunal-penal-internacional-atende-pedido-do-pdt-e-analisa-denuncia-contrabolsonaro/>. Acesso em: 17 nov. 2021.

⁴ PROFISSIONAIS da saúde do Brasil apresentam nova queixa contra Bolsonaro no TPI. **RFI**, 27 jul. 2020. Disponível em: <https://www.rfi.fr/br/brasil/20200727-profissionais-da-sa%C3%BAde-do-brasil-apresentam-nova-queixa-contrabolsonaro-no-tpi>. Acesso em: 17 nov. 2021.

humanidade em razão do gerenciamento da crise sanitária e de sua atuação no enfrentamento à pandemia de Covid-19.

Já no ano de 2021, em janeiro, os caciques Raoni Metuktire e Almir Suruí denunciaram o Presidente brasileiro por crimes contra a humanidade, mas, nesse caso, tendo por base um contexto mais amplo de crimes ambientais.⁵ Por sua vez, em agosto, a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) protocolou denúncia contra o Presidente da República por crimes contra a humanidade e de genocídio praticados contra os povos indígenas, desde o início de seu mandato e especialmente durante a pandemia de coronavírus,⁶ retomando e reforçando a primeira denúncia, de novembro de 2019, realizada pela Comissão Arns e pelo CADHu, citada acima.

Retornando às denúncias relacionadas à pandemia de coronavírus, em setembro de 2021, o Movimento Brasil Livre (MBL) pediu ao TPI a abertura de investigação e a prisão preventiva de Jair Bolsonaro por crime de genocídio, uma vez que o governo federal teria, em suma, ignorado evidências científicas no combate à Covid-19.⁷ De outro lado, em outubro de 2021, a ONG austríaca *All Rise* denunciou o Presidente ao TPI por crime contra a humanidade em razão de sua política ambiental e da prática de crimes contra a natureza, ações com impacto sobre a saúde humana e a vida globalmente.⁸

Ainda, a Associação Brasileira de Juristas pela Democracia (ABJD) apresentou, em novembro de 2021, um adendo à sua denúncia, feita em abril de 2020, agregando novos dados obtidos e produzidos pela Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) da Pandemia realizada no Senado Federal. Assim, a ABJD solicitou que o TPI desse andamento à representação e investigasse o Presidente Bolsonaro por crimes contra a humanidade, tendo em vista que teria optado, entre outros, pela imunidade de rebanho, pelo boicote ao programa de vacinação e pela

⁵ EZABELLA, Fernanda. Cacique Raoni denuncia Bolsonaro no Tribunal de Haia por crimes ambientais. **Ecoa Uol**, 23 jan. 2021. Disponível em: <https://www.uol.com.br/ecoa/ultimas-noticias/2021/01/23/cacique-raoni-denuncia-bolsonaro-no-tribunal-de-haia-por-crimes-ambientais.htm>. Acesso em: 17 nov. 2021.

⁶ APIB denuncia Bolsonaro, em Haia, por genocídio indígena. **APIB**, 09 ago. 2021. Disponível em: <https://apiboficial.org/2021/08/09/inedito-apib-denuncia-bolsonaro-em-haia-por-genocidio-indigena/>. Acesso em: 17 nov. 2021.

⁷ MBL denuncia Bolsonaro em tribunal internacional por genocídio na pandemia. **Uol**, 31 ago. 2021. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2021/08/31/mbl-denuncia-bolsonaro-haia.htm>. Acesso em: 17 nov. 2021.

⁸ CHADE, Jamil. Planeta x Bolsonaro: presidente é denunciado em Haia por destruir Amazônia. **Uol**, 12 out. 2021. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2021/10/12/planeta-x-bolsonaro-presidente-e-denunciado-em-haia-por-destruir-amazonia.htm>. Acesso em: 17 nov. 2021.

negação das políticas de cuidados sanitários.⁹

Por fim, o Tribunal Penal Internacional, em fevereiro de 2022, recebeu cópia do relatório final da referida CPI da Covid, a qual funcionou por 6 (seis) meses ao longo do ano de 2021 no Senado Federal e investigou a atuação do governo federal brasileiro no combate à pandemia do novo coronavírus.¹⁰ Em tal documento, a Comissão Parlamentar concluiu que o Presidente Bolsonaro teria cometido um total de 9 (nove) crimes: (i) charlatanismo, (ii) crimes contra a humanidade, (iii) crime de responsabilidade, (iv) emprego irregular de verba pública, (v) falsificação de documentos particulares, (vi) epidemia com resultado de morte, (vii) incitação ao crime, (viii) infração a medidas sanitárias preventivas e (ix) prevaricação.

Evidentemente, a elevada quantidade de denúncias realizadas em face, especialmente, do Presidente da República e a extrema gravidade de cada uma delas tornaram o Tribunal Penal Internacional em tema de debates em diversos meios da sociedade, em especial pelos operadores do Direito.

Nesse contexto, despertou-se a necessidade de estudar de forma aprofundada em até que ponto o Estatuto de Roma encontra-se em harmonia com a própria Constituição Federal do Brasil, uma vez que, em um rápido confronto analítico entre ambos os textos normativos, é possível notar aparentes incompatibilidades, tais como, dentre outros, (i) a previsão de prisão perpétua no Estatuto de Roma e sua proibição pela Constituição Federal, (ii) a entrega de nacional ao Tribunal Penal Internacional e a vedação à extradição de brasileiro nato, (iii) as imunidades e as prerrogativas de função previstas no Direito interno e sua relação com a jurisdição internacional e (iv) a previsão de imprescritibilidade de crimes diferentes em cada norma.

Por conseguinte, em razão dessas notícias, que deram relevância ao TPI no cenário político brasileiro, bem como a problemática envolvendo a situação de possíveis normas incompatíveis entre si no âmbito do sistema jurídico nacional, a presente monografia, sem qualquer pretensão de esgotar a matéria, por meio do método hipotético-dedutivo e pesquisa doutrinária e jurisprudencial, tem por escopo apresentar solução para as antinomias jurídicas

⁹ COM dados da CPI da Covid, ABJD faz nova denúncia contra Bolsonaro no Tribunal Penal Internacional. **ABJD**, 10 nov. 2021. Disponível em: <http://www.abjd.org.br/2021/11/com-dados-da-cpi-da-covid-abjd-faz-nova.html>. Acesso em: 17 nov. 2021.

¹⁰ BERGAMO, Mônica. Tribunal Penal Internacional recebe denúncia de CPI contra Bolsonaro por crime contra a humanidade. **Folha de São Paulo**, 09 fev. 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2022/02/tribunal-penal-internacional-recebe-denuncia-de-cpi-contra-bolsonaro-por-crime-contra-a-humanidade.shtml>. Acesso em: 13 fev. 2022.

existentes entre a Constituição Federal e o Estatuto de Roma, o que será feito por meio de uma abordagem sobre a hierarquia normativa e consequente eficácia jurídica do referido tratado em relação ao ordenamento jurídico brasileiro vigente, como critério para solucionar eventuais incompatibilidades.

Notadamente, é importante ressaltar que o mérito do conteúdo das denúncias, acima mencionadas superficialmente, não será objeto do presente estudo, o qual se limitará em analisar a relação, em tese conflituosa, entre a Constituição Federal e o Estatuto de Roma.

Dessa forma, o presente trabalho iniciará apresentando os principais aspectos do Estatuto de Roma, a fim de se verificar sua natureza jurídica de convenção internacional de direitos humanos, e sua internalização ao Direito interno. Então, serão analisados os diferentes posicionamentos existentes na doutrina e na jurisprudência sobre a hierarquia, no ordenamento jurídico, dos tratados internacionais que tratam de direitos humanos, compreendendo, assim, qual é a posição do Estatuto de Roma e, conseqüentemente, sua relação hierárquica com a Constituição Federal, lembrando que o critério hierárquico é importante ferramenta hermenêutica para solução de antinomias.

Passado esse enfoque preambular da matéria, mas de grande importância para o entendimento completo do objeto de estudo deste trabalho, estudar-se-á quais são os conflitos em tese existentes entre o referido tratado internacional e a Constituição Federal, apresentando-se, em seguida, as soluções encontradas por diferentes autores. Por fim, será proposto o que se entende que seja o caminho mais acertado para se harmonizar a aplicação dessas duas normas jurídicas.

Assim sendo, tentar-se-á contribuir para que a melhor solução seja encontrada, levando-se sempre em consideração a busca incessante de tornar o Direito, tanto interno quanto internacional, instrumento efetivo e eficaz para a proteção dos direitos humanos globalmente.

2 O ESTATUTO DE ROMA E O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Inicialmente, a fim de se compreender plenamente o objeto de estudo deste trabalho, é importante analisar as principais características do Estatuto de Roma, principalmente naquilo que o caracteriza como um tratado internacional de direitos humanos.

De fato, o Estatuto de Roma visa a proteger a humanidade contra crimes gravíssimos e atozes de transcendência internacional, prevendo a existência de um Tribunal Penal Internacional, permanente e imparcial, com competência e procedimentos para a apuração e punição de tais crimes, cometidos por qualquer indivíduo.

Porém, como se sabe, o tema apresentado aqui já foi exaustivamente estudado pela doutrina brasileira, havendo rios de tinta tratando sobre o TPI e seu Estatuto, detalhando-se seu histórico, funcionamento, importância global e demais aspectos essenciais para a total compreensão do assunto.

Dessa forma, para se evitar a repetição com esses conhecidos estudos e se ater aos pontos desse grande tema que interessam ao presente trabalho, serão examinados, em especial, os princípios que regem o Estatuto de Roma e a competência para julgamento do Tribunal Penal Internacional, objetivando compreender os principais aspectos que traduzem sua natureza jurídica de convenção internacional de direitos humanos. Por fim, será analisada a forma pela qual o tratado foi internalizado ao ordenamento jurídico pátrio. Assim, posteriormente, tendo em vista tais pontos, será possível aferir a relação do Estatuto com o Direito brasileiro.

2.1 Princípios que regem o Estatuto de Roma

Sem pretensão de se trazer um rol exaustivo de todos os princípios previstos no Estatuto de Roma que devem ser observados na atuação do Tribunal Penal Internacional, analisar-se-á, aqui, resumida e principalmente, os princípios que evidenciam o caráter de proteção dos direitos humanos de tal tratado. Essa análise é importante porque, como dito acima, uma vez constatada a natureza jurídica de tratado internacional de direitos humanos do Estatuto, será possível estudar qual a consequência disso no ordenamento jurídico brasileiro.

O primeiro princípio é o da complementaridade, o qual dispõe que o TPI “será

complementar às jurisdições penais nacionais” (artigo 1º do Estatuto), sendo “que é dever de cada Estado exercer a respectiva jurisdição penal sobre os responsáveis por crimes internacionais” (preâmbulo do tratado). Ou seja, a jurisdição do TPI somente é exercida subsidiariamente, quando há descumprimento por parte dos Estados de suas obrigações intrínsecas de apurar, processar, julgar e punir os crimes previstos no Estatuto. Dessa forma, dá-se a importante preferência às jurisdições dos próprios Estados, que possuem o dever de atuar primariamente contra os crimes internacionais, o que limita a atuação do TPI apenas aos casos de omissão estatal.

Nesse sentido, reforçando o caráter subsidiário do TPI, há o princípio do *ne bis in idem*, previsto no artigo 20, que garante que ninguém será julgado, repetidamente, pelos mesmos crimes por tribunais diferentes. Assim, é proibido que alguém que já tenha sido condenado ou absolvido por algum tribunal seja julgado novamente perante o TPI. Ou, inversamente, nenhuma pessoa já julgada pelo TPI pode ser novamente condenada ou absolvida por qualquer outro tribunal.

Excepcionalmente, esse princípio é excetuado, permitindo-se a atuação do TPI, nos casos em que, entre outros motivos, o julgamento em outro tribunal não tenha sido independente ou imparcial ou vise que o acusado se furte da responsabilização penal. Tal exceção também confirma o caráter complementar às jurisdições estatais que o Tribunal possui, uma vez que só prevê sua atuação em eventual desvio ou omissão por parte de determinado Estado.

O próximo princípio é o da legalidade, disposto nos artigos 22 (*nullum crimen sine lege*) e 23 (*nulla poena sine lege*) do Estatuto de Roma. Respectivamente, preveem que não há crime sem lei anterior que o defina (subprincípio da anterioridade da lei) e que a pena do condenado pelo Tribunal Penal Internacional é sempre de acordo com o que estabelece o próprio Estatuto.

Outrossim, no artigo 24 do tratado encontra-se o princípio da irretroatividade da lei penal maléfica, segundo o qual o TPI não pode responsabilizar penalmente ninguém por fato ocorrido antes da vigência do Estatuto. Permite-se, por outro lado, a retroatividade de norma jurídica nova que seja mais favorável ao acusado ou condenado.

O quinto princípio é o da responsabilidade penal internacional individual. De acordo com o artigo 25 do Estatuto, o TPI tem competência para julgar pessoas físicas, e não Estados, os quais, porém, não se eximem de poderem ser responsabilizados conforme o direito internacional.

Importante ressaltar, nesse ponto, que a responsabilidade criminal individual abrange apenas os indivíduos que tenham completado 18 anos de idade quando da prática do crime (artigo 26 do tratado). Esta regra está em consonância com o artigo 1º da Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto nº 99.710/1990), que define como criança todo ser humano com menos de 18 anos de idade, salvo se a maioria for alcançada antes, em decorrência de lei aplicável à criança.

Nesse sentido, relativamente a este princípio da responsabilidade individual, há mais dois que são correlatos a ele.

O primeiro é o princípio da irrelevância da qualidade oficial (artigo 27), o qual dispõe que o Estatuto de Roma é aplicável a toda pessoa, de forma isonômica, independentemente de qualquer função que seja exercida ou cargo ocupado, tais como Chefe de Estado ou de Governo, membro do Parlamento ou funcionário público. Isto é, nenhuma eventual prerrogativa de função ou imunidade pode afastar a jurisdição do Tribunal Internacional ou até mesmo ser motivo de redução de pena.

O segundo é o princípio da responsabilidade dos chefes militares e outros superiores hierárquicos. Segundo o artigo 28 do Estatuto, tais autoridades são responsáveis pelas ações praticadas por seus subordinados. Tal responsabilidade inclui também a omissão perante as atitudes daqueles que estão sob seu comando, tendo os superiores o dever de exercer um controle efetivo sobre seus subordinados.

Por fim, os últimos dois importantes princípios são o da imprescritibilidade, o qual dispõe que “Os crimes da competência do Tribunal não prescrevem” (artigo 29 do Estatuto de Roma), e o da presunção de inocência. De acordo com o artigo 66 do mesmo diploma legal, presume-se inocente toda pessoa que é processada pelo TPI até que se prove a culpa do acusado, ônus este que incumbe ao Procurador. Também, o Tribunal só pode condenar alguém se estiver convencido, além de qualquer dúvida razoável, da culpa do acusado.

Terminada a análise dos princípios mais importantes, nota-se que o Estatuto de Roma está em harmonia com os direitos humanos reconhecidos nacional e internacionalmente por várias nações. De fato, ao determinar que, na atuação do TPI, respeite-se os direitos individuais e as garantias fundamentais do acusado, adotou um regramento que está em consonância com os direitos fundamentais previstos em Constituições de diversos países, inclusive apresentando similitudes com a própria Constituição Federal brasileira, e com os direitos humanos dispostos em outras Convenções Internacionais.

2.2 Competência do Tribunal Penal Internacional

As regras de competência do Tribunal Penal Internacional definem seu âmbito de atuação e, conseqüentemente, o que ele objetiva proteger com seu funcionamento. Nesse sentido, é um tema essencial a ser estudado a fim de se asseverar que o Estatuto de Roma é, seguramente, um tratado internacional de direitos humanos. Assim, adiante, levando-se isso em consideração, será possível analisar qual é a repercussão que tal natureza jurídica tem para o Direito brasileiro.

Isso posto, no que concerne à competência do TPI, há 4 (quatro) critérios que devem ser analisados para estabelecer os limites do exercício de sua atividade jurisdicional, a saber: territorial, pessoal, temporal e material.

O Estatuto de Roma, no artigo 12, estabelece que o TPI tem competência territorial para julgar os crimes cometidos nos territórios dos Estados que são partes do tratado e, se o crime for cometido em navio ou aeronave, deve-se adotar como território o Estado de matrícula de tais veículos. Na sequência, o parágrafo 3º do referido dispositivo dispõe que o TPI é competente, também, para julgar determinado crime cometido em território de Estado que não seja parte do Estatuto, desde que este declare seu consentimento ao Tribunal.

Relativamente à competência em razão da pessoa, o Estatuto adota, no mesmo artigo 12, o critério da nacionalidade, sendo o Tribunal competente para julgar o nacional de Estado que for parte do tratado. Nesse sentido, importante ressaltar que as competências em razão da pessoa e territorial não são requisitos cumulativos, mas sim alternativos, para a definição da competência jurisdicional do Tribunal Penal Internacional. Melhor explicando, faz-se necessário que os crimes previstos no Estatuto de Roma sejam cometidos ou no território ou por um nacional de determinado Estado parte do tratado para que o TPI seja competente para realizar o julgamento.

Ainda, o Estatuto traz uma exceção às competências em razão do lugar e em razão da pessoa. O artigo 13, alínea “b”, permite que o Tribunal julgue casos em que o Estado não seja parte do tratado quando “O Conselho de Segurança [...] denunciar ao Procurador qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários” dos crimes de competência do TPI.

Já em relação à competência temporal, o artigo 11 do Estatuto, respeitando o princípio da não retroatividade da lei penal, dispõe que o Tribunal Penal Internacional tem competência para julgar somente os crimes que forem cometidos após sua entrada em vigor. Nessa esteira, na hipótese de algum Estado se tornar parte do tratado após esse momento, o TPI apenas terá competência para julgar os crimes que venham a ocorrer depois da entrada em vigor do Estatuto relativamente a tal Estado, ressalvada a possibilidade de consentir com a atuação do TPI para determinado crime, antes de tal vigência, com base no parágrafo 3º, do artigo 12, mencionado acima.

Sobre esse ponto, importante lembrar que, não obstante as regras que envolvem o critério temporal, o artigo 124 do Estatuto permite aos Estados, que venham a se tornar parte do tratado, recusar a competência do Tribunal relativamente aos crimes de guerra (artigo 8º), caso tenham sido cometidos em seu território ou por seus nacionais, pelo período de 7 (sete) anos a contar da entrada em vigor do Estatuto em seu respectivo ordenamento jurídico.

Por fim, a competência em razão da matéria está prevista no artigo 5º do Estatuto de Roma, o qual estabelece que “A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto”. Portanto, com base nesse critério, o TPI tem competência para julgar (i) o crime de genocídio, (ii) os crimes contra a humanidade, (iii) os crimes de guerra e (iv) o crime de agressão.

Notadamente, o Estatuto de Roma preocupou-se em definir os referidos tipos penais, com exceção do crime de agressão, como será demonstrado na sequência.

Realmente, o crime de genocídio encontra-se previsto no artigo 6º e é definido¹¹ como uma série de atos, enumerados no dispositivo, que sejam “praticado[s] com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso”. Esse conceito, aliás, é uma reprodução do artigo II da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 30.822/1952.

Inclusive, no âmbito interno brasileiro, a Lei nº 2.889/1956 pune o crime de genocídio, utilizando-se também de definição muito semelhante ao dos dois tratados internacionais

¹¹ “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.”

supramencionados. Além disso, a Lei nº 7.960/1989 dispõe que cabe prisão temporária de acusado por este crime (artigo 1º, inciso III, alínea “m”)¹² e a Lei nº 8.072/1990, a partir de sua alteração pela Lei nº 13.964/2019, passou a considerá-lo como hediondo, seja na forma tentada ou consumada (artigo 1º, parágrafo único, inciso I)¹³. Ainda, o artigo 7º, inciso I, alínea “d”, do Código Penal¹⁴, com a redação dada pela Lei nº 7.209/1984, ao tratar da extraterritorialidade da legislação brasileira, determina que o agente de crime de genocídio, brasileiro ou domiciliado no Brasil, fica sujeito à lei brasileira, mesmo que o crime seja cometido fora do país.

Por sua vez, os crimes contra a humanidade estão previstos no artigo 7º do Estatuto de Roma¹⁵. De acordo com o referido dispositivo, o crime contra a humanidade ocorre sempre que algum dos crimes nele listados (tais como homicídio, escravidão, tortura, dentre outros) sejam cometidos como forma de atacar, de maneira generalizada ou sistemática, qualquer população civil, desde que haja conhecimento de tal ataque.

Nesse sentido, o parágrafo 2º do artigo 7º, norma penal explicativa que visa elucidar o que é tal crime e quando é possível caracterizá-lo,¹⁶ traz definições de diversos aspectos da

¹² “Art. 1º Caberá prisão temporária: III – quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas;”

¹³ “Parágrafo único. Consideram-se também hediondos, tentados ou consumados: I – o crime de genocídio, previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956;”

¹⁴ “Art. 7º Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiros: I – os crimes: d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil;”

¹⁵ “Para 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.”

¹⁶ “Para efeitos do parágrafo 1º: a) Por ‘ataque contra uma população civil’ entende-se qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no parágrafo 1º contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a prossecução dessa política; b) O ‘extermínio’ compreende a sujeição intencional a condições de vida, tais como a privação do acesso a alimentos ou medicamentos, com vista a causar a destruição de uma parte da população; c) Por ‘escravidão’ entende-se o exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças; d) Por ‘deportação ou transferência à força de uma população’ entende-se o deslocamento forçado de pessoas, através da expulsão ou outro ato coercivo, da zona em que se encontram legalmente, sem qualquer motivo reconhecido no direito internacional; e) Por ‘tortura’ entende-se o ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controle do acusado; este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legais, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionadas; f) Por ‘gravidez à força’ entende-se a privação ilegal de liberdade de uma mulher que foi engravidada à força, com o propósito de alterar a composição étnica de uma

norma para sua correta aplicação. Entre elas, para compreensão completa do que foi dito acima, dispõe que ataque contra uma população civil é “qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos [...] contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a prossecução dessa política”.

De outro lado, o crime de guerra, segundo o extenso parágrafo 2º do artigo 8º do Estatuto de Roma¹⁷, resumidamente, ocorre quando há a prática de qualquer dos diferentes atos, listados e explicados ampla e exaustivamente pelo dispositivo, que caracterize violação às Convenções de Genebra, à Convenção de Haia e às leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais e não internacionais no quadro de direito internacional. Importante ressaltar que a competência do Tribunal Penal Internacional para julgar tais crimes ocorre “em particular quando cometidos como parte integrante de um plano ou de uma política ou como parte de uma prática em larga escala desse tipo de crime” (parágrafo 1º do artigo 8º).

Já o quarto e último crime de competência do TPI, ou seja, o crime de agressão, não foi definido pelo Estatuto¹⁸, tornando impossível condenar alguém em razão dele, tendo em

população ou de cometer outras violações graves do direito internacional. Esta definição não pode, de modo algum, ser interpretada como afetando as disposições de direito interno relativas à gravidez; g) Por ‘perseguição’ entende-se a privação intencional e grave de direitos fundamentais em violação do direito internacional, por motivos relacionados com a identidade do grupo ou da coletividade em causa; h) Por ‘crime de *apartheid*’ entende-se qualquer ato desumano análogo aos referidos no parágrafo 1º, praticado no contexto de um regime institucionalizado de opressão e domínio sistemático de um grupo racial sobre um ou outros grupos nacionais e com a intenção de manter esse regime; i) Por ‘desaparecimento forçado de pessoas’ entende-se a detenção, a prisão ou o sequestro de pessoas por um Estado ou uma organização política ou com a autorização, o apoio ou a concordância destes, seguidos de recusa a reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a proteção da lei por um prolongado período de tempo.”

¹⁷ “Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por ‘crimes de guerra’: a) As violações graves às Convenções de Genebra, de 12 de Agosto de 1949, a saber, qualquer um dos seguintes atos, dirigidos contra pessoas ou bens protegidos nos termos da Convenção de Genebra que for pertinente: [...]; b) Outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no âmbito do direito internacional, a saber, qualquer um dos seguintes atos: [...]; c) Em caso de conflito armado que não seja de índole internacional, as violações graves do artigo 3º comum às quatro Convenções de Genebra, de 12 de Agosto de 1949, a saber, qualquer um dos atos que a seguir se indicam, cometidos contra pessoas que não participem diretamente nas hostilidades, incluindo os membros das forças armadas que tenham deposto armas e os que tenham ficado impedidos de continuar a combater devido a doença, lesões, prisão ou qualquer outro motivo: [...]. d) A alínea c) do parágrafo 2º do presente artigo aplica-se aos conflitos armados que não tenham carácter internacional e, por conseguinte, não se aplica a situações de distúrbio e de tensão internas, tais como motins, atos de violência esporádicos ou isolados ou outros de carácter semelhante; e) As outras violações graves das leis e costumes aplicáveis aos conflitos armados que não têm carácter internacional, no quadro do direito internacional, a saber qualquer um dos seguintes atos: [...]; f) A alínea e) do parágrafo 2º do presente artigo aplicar-se-á aos conflitos armados que não tenham carácter internacional e, por conseguinte, não se aplicará a situações de distúrbio e de tensão internas, tais como motins, atos de violência esporádicos ou isolados ou outros de carácter semelhante; aplicar-se-á, ainda, a conflitos armados que tenham lugar no território de um Estado, quando exista um conflito armado prolongado entre as autoridades governamentais e grupos armados organizados ou entre estes grupos.”

¹⁸ Conforme dispõe o parágrafo 2º do artigo 5º do Estatuto de Roma: “O Tribunal poderá exercer a sua competência em relação ao crime de agressão desde que, nos termos dos artigos 121 e 123, seja aprovada uma disposição em

vista o princípio da legalidade, analisado em tópico anterior. De toda forma, Carlos Roberto Husek o define ao escrever que “tal crime revela-se na agressão, consistente em ações políticas ou militares, por alguém que detém o poder, contra outro ente internacional”¹⁹.

Sobre a temática analisada neste item, interessante mencionar que, na Câmara dos Deputados, tramita o Projeto de Lei nº 301/2007 (e o Projeto de Lei nº 4.038/2008 apensado a ele) que define e criminaliza os crimes estudados acima e estabelece normas para a cooperação judiciária com o TPI.

Conclui-se, portanto, que o Estatuto de Roma visa, por meio do direito penal internacional, proteger os direitos humanos globalmente considerados, ao criminalizar os crimes mais graves que a comunidade internacional como um todo já presenciou e ainda presencia.

2.3 Internalização ao ordenamento jurídico brasileiro

O Estatuto de Roma, como visto acima, possui, indubitavelmente, natureza jurídica de tratado internacional de direitos humanos, levando-se em consideração, em especial, os princípios que regem a atuação do Tribunal Penal Internacional e seu objetivo primordial de proteção de toda e qualquer pessoa contra os crimes mais graves já registrados na história da humanidade.

Tendo isso em vista, passa-se a estudar a maneira pela qual referido tratado foi incorporado ao Direito interno, para que, depois, possa ser feita a análise da relação entre eles, Estatuto de Roma e ordenamento jurídico brasileiro.

O procedimento para a incorporação de tratados internacionais ao Direito interno do país está previsto na Constituição Federal. Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal (STF) possui a seguinte jurisprudência:

O exame da vigente CF permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que

que se defina o crime e se enunciem as condições em que o Tribunal terá competência relativamente a este crime. Tal disposição deve ser compatível com as disposições pertinentes da Carta das Nações Unidas.”

¹⁹ HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de direito internacional público**. 13ª edição. São Paulo: LTr, 2015. Pág. 326.

resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe – enquanto chefe de Estado que é – da competência para promulgá-los mediante decreto. (Medida Cautelar na Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 1.480/DF, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 04/09/1997, órgão julgador: Tribunal Pleno, publicação: DJ de 18/05/2001).

Nesse sentido, resumidamente, como ensina Flávia Piovesan²⁰, a formação e a incorporação dos tratados internacionais têm início com as negociações entre as partes que participarão da convenção e sua posterior assinatura, ato de competência privativa do Presidente da República (artigo 84, inciso VIII, da Constituição Federal²¹). Em seguida, cabe ao Congresso Nacional deliberar e aprovar o tratado (artigo 49, inciso I, da Constituição Federal²²) mediante decreto legislativo²³. Por fim, o Presidente da República ratifica o tratado e, internamente, promulga-o por meio de decreto, a fim de dar publicidade e executoriedade às normas da convenção.²⁴

Além dessa forma de incorporação, a Constituição Federal, a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, que incluiu o parágrafo 3º ao artigo 5º, passou também a prever um rito especial apenas para os tratados internacionais que tratem de direitos humanos. De acordo com o dispositivo, “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.”²⁵ Sendo que,

²⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013. Págs. 109 a 112.

²¹ “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;”

²² “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;”

²³ Apesar de não ser objeto de estudo neste trabalho, interesse mencionar que há discussão na doutrina sobre a necessidade ou não da atuação do Congresso Nacional nos tratados de menor importância, denominados de acordos executivos ou em forma simplificada. Sobre esse tema, por todos: ROSA, André Luís Cateli. **Tratados internacionais: a ordem jurídica brasileira**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. Págs. 83 a 88.

²⁴ Sintetizando o assunto, o STF já decidiu: “A recepção dos tratados internacionais em geral e dos acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do Mercosul depende, para efeito de sua ulterior execução no plano interno, de uma sucessão causal e ordenada de atos revestidos de caráter político-jurídico, assim definidos: (a) aprovação, pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, de tais convenções; (b) ratificação desses atos internacionais, pelo chefe de Estado, mediante depósito do respectivo instrumento; (c) promulgação de tais acordos ou tratados, pelo presidente da República, mediante decreto, em ordem a viabilizar a produção dos seguintes efeitos básicos, essenciais à sua vigência doméstica: (1) publicação oficial do texto do tratado e (2) executoriedade do ato de direito internacional público, que passa, então – e somente então – a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes. O sistema constitucional brasileiro não consagra o princípio do efeito direto e nem o postulado da aplicabilidade imediata dos tratados ou convenções internacionais.” (Agravamento Regimental em Carta Rogatória nº 8.279/Argentina, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 17/06/1998, órgão julgador: Tribunal Pleno, publicação: DJ de 10/08/2000).

²⁵ No tocante a isso, vale lembrar que esse procedimento, com tais requisitos, é o mesmo previsto para a aprovação de Emendas Constitucionais, de acordo com o artigo 60, parágrafo 2º, da Constituição Federal, o qual dispõe: “§

conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, continua sendo necessária a edição de decreto executivo por parte do Presidente da República para que a norma internacional passe a vigor no âmbito interno.

Dessa forma, todo tratado internacional sobre direitos humanos que cumpra com o disposto no parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição será correspondente à espécie normativa de Emenda Constitucional.²⁶

Esse procedimento diferenciado, importante ressaltar, visa a dar caráter formalmente constitucional a tais normas internacionais, a depender de uma decisão exclusivamente política por parte do Congresso Nacional, ao qual caberá decidir se irá segui-lo ou não. Ou seja, é mais uma maneira de incorporação de tratados ao Direito interno que, nesse caso, só se aplica aos que tratem de direitos humanos. Porém, importante ressaltar, isso não exclui a possibilidade de que a incorporação de determinada convenção internacional sobre direitos humanos continue sendo feita segundo o primeiro rito explicado acima.

O Estatuto de Roma, para ser incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, seguiu o procedimento previsto nos artigos 49, inciso I, e 84, inciso VIII, da Constituição Federal. Após o cumprimento das etapas em âmbito internacional, o Congresso Nacional, exercendo sua competência exclusiva, aprovou o texto do tratado por meio do Decreto Legislativo nº 112/2002 e o Presidente da República, agindo segundo sua atribuição privativa, promulgou a convenção ao editar o Decreto nº 4.388/2002.

Apesar de o Estatuto de Roma preencher o requisito de ser um tratado internacional de direitos humanos, como visto nos itens anteriores, ele não passou pelo trâmite especial do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal, principalmente porque, como se nota, referido dispositivo constitucional não existia no ordenamento jurídico quando o Estatuto de Roma foi incorporado ao Direito interno. De fato, o texto do Estatuto de Roma foi aprovado pelo Congresso Nacional em 06 de junho de 2002, por meio do Decreto Legislativo nº 112, e foi promulgado pelo Presidente da República em 25 de setembro de 2002, mediante a edição do

2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.”

²⁶ Hoje, existem 3 (três) tratados internacionais que seguiram o procedimento previsto no artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal. São eles: (i) a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30/03/2007 (Decreto nº 6.949/2009); (ii) o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso, firmado em Marraqueche, em 27/06/2013 (Decreto nº 9.522/2018); e (iii) a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, firmada na Guatemala, em 05/06/2013 (Decreto nº 10.932/2022).

Decreto nº 4.388, enquanto que o parágrafo 3º do artigo 5º somente foi incluído na Constituição Federal posteriormente, em 30 de dezembro de 2004, pela Emenda Constitucional nº 45.

3 HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL E O ESTATUTO DE ROMA

No capítulo anterior, restou demonstrado que o Estatuto de Roma é uma convenção internacional que trata sobre direitos humanos. Também, constatou-se que o referido tratado foi incorporado ao Direito interno do país por meio do Decreto Legislativo nº 112/2002 e do Decreto nº 4.388/2002. Não obstante, não seguiu o procedimento especial do artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal, o qual, inclusive, ainda não estava previsto no texto constitucional quando o Estatuto de Roma foi aprovado.

Tendo isso em vista, passa-se a analisar, então, qual é a relação do Estatuto de Roma com o ordenamento jurídico do país. Isto é, examinar-se-á onde se encontra, na pirâmide normativa do Direito brasileiro, tal tratado, que possui conteúdo de direitos humanos.

Para realizar tal estudo, será necessário, primeiro, examinar as diferentes correntes existentes sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil. Assim, posteriormente, será possível verificar qual é a posição hierárquica do Estatuto de Roma no ordenamento jurídico brasileiro.

3.1 Posicionamentos sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos

No Brasil, há 4 (quatro) posicionamentos sobre a hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos, quais sejam: (i) hierarquia legal, (ii) hierarquia supralegal, (iii) hierarquia constitucional e (iv) hierarquia supraconstitucional. A seguir, serão analisadas cada uma dessas correntes.

3.1.1 Hierarquia legal

De acordo com o primeiro posicionamento, todos os tratados internacionais, inclusive os que apresentam conteúdo de direitos humanos, possuem a mesma hierarquia das leis ordinárias, permitindo-se, inclusive, seu controle de constitucionalidade.

Esse foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal a partir de 1977, quando julgou o Recurso Extraordinário nº 80.004/SE²⁷. Nele, o STF, tendo em vista o conflito existente entre a Convenção de Genebra – Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias – e o Decreto-Lei nº 427/1969, decidiu, adotando o critério cronológico (*lex posterior*) que, por ter o tratado a mesma hierarquia de lei ordinária, diante da incompatibilidade das disposições legais, prevalece o Decreto-Lei por ser norma posterior no tempo.

Apesar de esse julgamento ter ocorrido antes da atual Constituição de 1988 e de se referir a um tratado internacional de direito comercial, o Supremo Tribunal Federal reiterou esse seu posicionamento no Habeas Corpus nº 72.131/RJ²⁸, em 1995, ou seja, já sob a égide da atual Constituição, ao julgar questão envolvendo um tratado internacional sobre direitos humanos. No caso, o STF decidiu que o Pacto de São José da Costa Rica (Decreto nº 678/1992), também denominado Convenção Americana sobre Direitos Humanos, possuía o mesmo nível hierárquico das leis ordinárias, devendo, portanto, ser interpretado à luz dos preceitos constantes da Constituição Federal. Dessa forma, entendeu que a prisão do depositário infiel, nos termos do inciso LXVII do artigo 5º da Constituição, permanecia hígida no ordenamento jurídico pátrio, mesmo que tal tratado internacional permitisse, apenas, a prisão por dívida do devedor de alimentos.

Como leciona Felipe Klein Gussoli²⁹, essa corrente, defendida por Manoel Gonçalves Ferreira Filho e por Alexandre de Moraes, tem por base os artigos 102, inciso III, alínea “b”³⁰, e 105, inciso III, alínea “a”³¹, da Constituição Federal, uma vez que tais dispositivos estariam estabelecendo a hierarquia legal dos tratados dentro do ordenamento jurídico, ao preverem a possibilidade de recurso ao STF contra decisão que declare a inconstitucionalidade de tratado inconstitucional, bem como de recurso ao STJ em face de decisão que contrarie ou negue vigência de tratado, da mesma forma como o faz para leis federais.

Além disso, continua o autor, essa posição, que tem por fundamento a defesa da

²⁷ Relator Ministro Xavier de Albuquerque, órgão julgador: Tribunal Pleno, julgado em 01/06/1977, publicação: 29/12/1977.

²⁸ Relator Ministro Marco Aurélio, relator para acórdão: Ministro Moreira Alves, órgão julgador: Tribunal Pleno, julgado em 23/11/1995, publicação: DJ de 01/08/2003.

²⁹ GUSSOLI, Felipe Klein. **Hierarquia supraconstitucional relativa dos tratados internacionais de direitos humanos**. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 6, nº 3, p. 703-747, set-dez/2019.

³⁰ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;”

³¹ “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: III – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;”

soberania estatal e da supremacia da Constituição, também entende que o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal³² teria apenas um caráter declarativo dos direitos previstos em convenções internacionais, as quais só enfatizariam os direitos fundamentais já previstos, de forma explícita ou implícita, constitucionalmente.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, os autores que defendem esse primeiro posicionamento passaram a admitir que os tratados internacionais de direitos humanos, quando incorporados ao ordenamento jurídico na forma do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição, possuem hierarquia constitucional, permitindo-se, de toda forma, seu controle de constitucionalidade, uma vez que são equivalentes a Emendas Constitucionais. Não obstante isso, com relação aos demais tratados, independentemente de seu conteúdo, sejam ou não de direitos humanos, que forem incorporados ao ordenamento sem observar a forma prevista no mencionado parágrafo 3º do artigo 5º, referidos autores continuam defendendo seu caráter legal. Ou seja, equivalem a normas infraconstitucionais.

Essa corrente já foi superada pelo Supremo Tribunal Federal, como será visto a seguir, e é minoritária na doutrina. De acordo com Flávia Piovesan³³, a concepção de hierarquia legal dos tratados internacionais de direitos humanos desrespeita o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (Decreto nº 7.030/2009)³⁴ e fere o princípio da boa-fé, tendo em vista que desconsidera as consequências práticas de se permitir que o Estado descumpra, no âmbito internacional, um tratado que livremente se comprometeu a respeitar, sem a necessidade de denunciá-lo formalmente.

3.1.2 Hierarquia supralegal

O segundo posicionamento, que é adotado atualmente pelo Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, defende que os tratados internacionais sobre direitos humanos possuem hierarquia supralegal, ou seja, acima das leis, mas abaixo da Constituição Federal. Exceção feita às convenções de direitos humanos que sejam incorporadas nos termos do artigo 5º,

³² “§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

³³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013. Págs. 118 a 122.

³⁴ “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.”

parágrafo 3º, da Constituição Federal, as quais terão hierarquia constitucional.

De fato, a introdução do parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional nº 45/2004, teve o condão de alterar o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

O novo dispositivo constitucional passou a prever a possibilidade de os tratados internacionais sobre direitos humanos serem incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro com *status* de hierarquia constitucional (“equivalentes às emendas constitucionais”), desde que passem pelo mesmo procedimento de aprovação das Emendas Constitucionais (aprovação por três quintos dos votos, em dois turnos, por ambas as Casas do Congresso Nacional).

Porém, essa nova regra, introduzida com esteio no poder constituinte derivado, acabou provocando novas dúvidas envolvendo os tratados internacionais. Isso porque não ficou definido como classificar os tratados de direitos humanos vigentes, anteriores à Emenda Constitucional nº 45/2004, nem tampouco os tratados posteriores que não observarem esse rito especial, por decisão política do Congresso Nacional em incorporá-los ao ordenamento jurídico pela forma tradicional.

Assim, em 2008, visando preencher referida lacuna normativa, o Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário nº 466.343/SP³⁵, no qual, superando o entendimento de que todo e qualquer tratado internacional teria hierarquia legal e se filiando a essa segunda corrente, decidiu, por maioria e nos termos do entendimento proposto pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto, que os tratados internacionais sobre direitos humanos não incorporados nos termos do artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição possuem hierarquia supralegal, estando, portanto, acima das normas infraconstitucionais, mas abaixo da Constituição Federal.

O caso analisado pelo STF referia-se à incompatibilidade entre o artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal e o artigo 7.7 do Pacto de São José da Costa Rica³⁶ (Decreto nº 678/1992). O primeiro dispositivo prevê que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”, enquanto o segundo dispõe que apenas o devedor de alimentos pode ser preso civilmente por dívida. Isto é, com o julgamento desse Recurso Extraordinário, o STF teve a oportunidade para rever seu posicionamento perante a mesma problemática analisada em 1995

³⁵ Relator Ministro Cezar Peluso, órgão julgador: Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, publicação: 05/06/2009.

³⁶ “7. Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”

no Habeas Corpus nº 72.131/RJ, quando então decidiu pela hierarquia legal dos tratados internacionais, inclusive os que tratassem de direitos humanos.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, interpretando os parágrafos 1º, 2º e o novo parágrafo 3º, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004, do artigo 5º da Constituição Federal, decidiu modificar seu posicionamento sobre a matéria e atribuir hierarquia supralegal à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Dessa forma, o STF entendeu que a norma constitucional que prevê a possibilidade da prisão do depositário infiel não pode ser regulamentada e concretizada por lei, uma vez que ela seria contrária ao referido tratado internacional de direitos humanos, que é superior hierarquicamente. Portanto, decidiu pela ilicitude da prisão civil do depositário infiel por impossibilidade de existir base legal que a permitisse ocorrer na prática.³⁷

Portanto, o entendimento vigente hoje do Supremo Tribunal Federal sobre a hierarquia dos tratados internacionais é: (i) os tratados de direitos humanos aprovados conforme o artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição têm hierarquia formal e materialmente constitucional; (ii) os tratados de direitos humanos que não seguiram ou não sigam referido procedimento especial possuem hierarquia supralegal; e (iii) os demais tratados, envolvendo matéria diferente de direitos humanos, continuam tendo hierarquia legal.

3.1.3 Hierarquia constitucional

A terceira corrente, a qual tem o apoio da maioria da doutrina³⁸, defende que todos os tratados internacionais de direitos humanos possuem hierarquia constitucional.

Segundo Flávia Piovesan³⁹, o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal⁴⁰, ao

³⁷ Inclusive, a decisão do Supremo Tribunal Federal nesse caso foi consolidada com a edição da Súmula Vinculante nº 25: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.”

³⁸ De acordo com Felipe Klein Gussoli, que enumera os seguintes doutrinadores que compartilham desse posicionamento: Flávia Piovesan, André de Carvalho Ramos, Alexandre Coutinho Pagliarini, Daniel Wunder Hachem, George Rodrigo Bandeira Galindo, Valerio de Oliveira Mazzuoli, Thiago Oliveira Moreira, Ingo Wolfgang Sarlet, Antônio Augusto Cançado Trindade, Celso Lafer, Luiz Edson Fachin e Eduardo Biacchi Gomes. (GUSSOLI, Felipe Klein. **Hierarquia supraconstitucional relativa dos tratados internacionais de direitos humanos**. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 6, nº 3, p. 703-747, set-dez/2019. Pág. 724).

³⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013. Págs. 112 a 142.

⁴⁰ “§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

dispor que os direitos e garantias previstos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais que o Brasil seja parte, está, *a contrario sensu*, inserindo esses direitos constantes em tratados no texto constitucional, conferindo-lhes, dessa forma, natureza de norma constitucional. Essa posição também tem como fundamentos a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição⁴¹), a prevalência dos direitos humanos (artigo 4º, inciso II, da Constituição⁴²) e os princípios da máxima efetividade das normas constitucionais, especialmente no presente caso por se tratar de normas instituidoras de direitos fundamentais, da força normativa da Constituição e da ótima concretização da norma.

Ocorre que o parágrafo 2º do artigo 5º, fundamento para se considerar que todas as convenções sobre direitos humanos que o Brasil seja parte, independentemente do seu modo de incorporação ao ordenamento jurídico, possuem hierarquia constitucional, é norma originária do texto constitucional. E, todavia, em 2004, como já mencionado, a Emenda Constitucional nº 45 acrescentou o parágrafo 3º nesse mesmo dispositivo, prevendo expressamente a possibilidade de tratados internacionais de direitos humanos terem natureza constitucional, mas desde que passem por um procedimento especial para sua incorporação (o mesmo adotado para aprovação de emenda constitucional).

Assim, a problemática que envolve a tese defendida por essa terceira corrente doutrinária, qual seja, de se manter o posicionamento de hierarquia constitucional para todos os tratados internacionais sobre direitos humanos, envolve compatibilizar a regra disposta no parágrafo 2º, com a nova disposição constitucional introduzida no parágrafo 3º, ambos do artigo 5º da Constituição Federal.

Nesse sentido, Felipe Klein Gussoli⁴³ escreve que há quem defenda, como Alexandre Coutinho Pagliarini, que o novo parágrafo 3º é inconstitucional, uma vez que violaria o inciso IV do parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição Federal, o qual determina que “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] os direitos e garantias individuais.” Ou seja, de acordo com essa linha de pensamento, ao prever um procedimento restritivo para que os tratados de direitos humanos possam ter natureza constitucional, a Emenda Constitucional nº 45/2004 estaria diminuindo o âmbito de proteção dos direitos fundamentais,

⁴¹ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento: III – a dignidade da pessoa humana;”

⁴² “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: II – prevalência dos direitos humanos;”

⁴³ GUSSOLI, Felipe Klein. **Hierarquia supraconstitucional relativa dos tratados internacionais de direitos humanos**. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 6, nº 3, p. 703-747, set-dez/2019. Pág. 724.

o que seria inconstitucional por violar cláusula pétrea.

Entretanto, Flávia Piovesan⁴⁴ defende que sequer seria necessário pugnar pela inconstitucionalidade do parágrafo 3º para manter íntegro o posicionamento de que todos os tratados internacionais sobre direitos humanos possuem hierarquia constitucional. De acordo com a referida professora, interpretando conjuntamente ambos os dispositivos constitucionais, todas as convenções de direitos humanos são materialmente constitucionais, integrando o bloco de constitucionalidade, por força do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição, independentemente do procedimento de incorporação adotado. Já o parágrafo 3º do mesmo dispositivo objetiva dar também caráter formalmente constitucional aos tratados que sejam incorporados de acordo com os seus ditames, visando, na realidade, apenas reforçar essa sua natureza.

Nesse contexto, os tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados de forma tradicional, por maioria simples do Congresso Nacional, seriam materialmente constitucionais; e os tratados incorporados na forma do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição seriam material e formalmente constitucionais.⁴⁵

Interessante mencionar exceção feita por Flávia Piovesan aos tratados internacionais de direitos humanos incorporados anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/2004. Esses, segundo seu entendimento, seriam material e formalmente constitucionais, mesmo não tendo seguido o rito do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição.⁴⁶

⁴⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013. Págs. 112 a 142.

⁴⁵ Como bem sintetiza a professora Marina Faraco Lacerda Gama: “Os tratados que versam sobre direitos humanos têm *status* de norma constitucional desde a sua aprovação definitiva (MAZZUOLI, 2009) com a ratificação do Presidente, integrando, pois, materialmente a Constituição e o bloco de constitucionalidade (PIOVESAN, 2013), conforme expressamente prevê o § 2º do artigo 5º da Constituição, constituindo, por esse motivo, parâmetro obrigatório de fiscalização de toda a legislação interna inferior. Esses mesmos tratados passam a integrar *também* formalmente o texto constitucional, modificando-o, se aprovados pelo quórum e procedimento próprios das emendas constitucionais, como determina o § 3º do mesmo artigo. Nesse caso, haverá um *controle de constitucionalidade* da legislação infraconstitucional em relação a tais tratados, já que suas regras estão formalmente na Constituição.” (FARACO, Marina. **Pluralismos jurídicos sob a perspectiva de um Código de Processo Constitucional: a necessária regulamentação processual do controle de convencionalidade das leis no Brasil**. In: FARACO, Marina; TAVARES, André Ramos (Orgs). Um código de processo constitucional para o Brasil. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021. Pág. 344).

⁴⁶ “Uma vez mais, corrobora-se o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente ao mencionado parágrafo, ou seja, anteriormente à Emenda Constitucional n. 45/2004, têm hierarquia constitucional, situando-se como normas material e formalmente constitucionais. Esse entendimento decorre de quatro argumentos: a) a interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os §§ 2º e 3º do art. 5º, já que o último não revogou o primeiro, mas deve, ao revés, ser interpretado à luz do sistema constitucional; b) a lógica e racionalidade material que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos; c) a necessidade de evitar interpretações que apontem a agudos anacronismos da ordem jurídica; e d) a teoria geral da recepção do Direito brasileiro.” (PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14ª edição,

Ainda, nesse sentido, Flávia Piovesan⁴⁷ diferencia os tratados internacionais de direitos humanos materialmente constitucionais dos que são material e formalmente constitucionais. Conforme ensina, a consequência jurídica de dar o caráter de formalmente constitucional a uma convenção sobre direitos humanos é que se impede que o tratado possa ser denunciado pelo Estado brasileiro.

Porém, Felipe Klein Gussoli⁴⁸ traz que Valerio de Oliveira Mazzuoli e André de Carvalho Ramos discordam desse entendimento. Para eles, o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal já impossibilita a renúncia dos tratados de direitos humanos, por serem materialmente constitucionais e, conseqüentemente, cláusula pétrea. Segundo Valerio de Oliveira Mazzuoli, ainda nas palavras de Felipe Klein Gussoli, a principal diferença entre os tratados que são apenas materialmente constitucionais daqueles que são material e formalmente constitucionais é a de que o Presidente da República cometeria crime de responsabilidade caso denunciasse esses últimos, nos termos do artigo 85, *caput* e inciso III, da Constituição⁴⁹, uma vez que estaria abolindo cláusula pétrea prevista em tratado formalmente constitucional.

Por fim, é imprescindível que se analise a posição do Supremo Tribunal Federal sobre essa terceira corrente.

De fato, em 2008, como estudado anteriormente, o STF, por maioria, de acordo com o posicionamento do Ministro Gilmar Mendes, decidiu que os tratados internacionais sobre direitos humanos não incorporados na forma do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição possuem hierarquia supralegal. Entretanto, já naquele julgamento o Ministro Celso de Mello, em seu voto, entendeu pela hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos. Apesar de ter sido voto vencido, a posição do Ministro demonstra que a Corte Suprema estava dividida

revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013. Págs. 128 a 130). Por outro lado, há aqueles que entendem que os tratados internacionais de direitos humanos incorporados anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/2004 sejam apenas materialmente constitucionais, pois não passaram pelo procedimento do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição. Nesse sentido: “Uma posição possível é aquela que defende, de um lado, a constitucionalidade *material* dos tratados recepcionados anteriormente à EC n. 45/2004 (ou que, posteriormente a ela, foram aprovados por maioria simples no Congresso), e, de outro lado, a constitucionalidade *material* e *formal* dos tratados equivalentes a emendas constitucionais aprovados com quórum de 3/5 em dois turnos em cada casa do Congresso Nacional.” (GUSSOLI, Felipe Klein. **Hierarquia supraconstitucional relativa dos tratados internacionais de direitos humanos**. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 6, nº 3, p. 703-747, set-dez/2019. Pág. 725).

⁴⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013. Págs. 138 a 140.

⁴⁸ GUSSOLI, Felipe Klein. **Hierarquia supraconstitucional relativa dos tratados internacionais de direitos humanos**. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 6, nº 3, p. 703-747, set-dez/2019. Pág. 726.

⁴⁹ “Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: III – o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;”

quando adotou o posicionamento da hierarquia supralegal.

Mais recentemente, em 2020, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543/DF⁵⁰, o Ministro Edson Fachin, em seu voto, acompanhado pela maioria, entendeu no sentido de que: “Não obstante a relevância e importância históricas da tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos não aprovados pelo Congresso Nacional de acordo com o § 3º do art. 5º [...], trata-se de fórmula que encontra-se madura para possível revisão.” Dessa forma, concluiu pelo caráter materialmente constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos em razão do disposto no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal, sustentando que o parágrafo 3º é uma faculdade, atribuída ao Poder Legislativo, para fortalecer a proteção normativa dos direitos humanos previstos em convenções internacionais ao torná-los equivalentes à Emenda Constitucional.

De acordo com Marina Faraco Lacerda Gama⁵¹, ao tratar dessa decisão, a ação envolvia normas do Ministério da Saúde e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) que proibiam, pelo prazo de 12 (doze) meses, homens que tivessem relações sexuais com outros homens e suas parceiras sexuais de doarem sangue, por risco de infecções transmissíveis serem contraídas por quem recebesse o sangue doado. Em suma, o STF decidiu pela inconstitucionalidade dessas normas, por entender que a utilização de um critério de orientação sexual, e não um baseado em condutas de risco, é discriminatório. Entre outros fundamentos, o Ministro Edson Fachin entendeu que os dispositivos analisados no processo eram inconstitucionais por violarem a Convenção Americana de Direitos Humanos (Decreto nº 678/1992), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Decreto nº 592/1992) e a Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, todos tratados internacionais sobre direitos humanos com caráter materialmente constitucional, nos termos do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal.

Logo, verifica-se que o caso acima revela a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal estar caminhando para a revisão de seu posicionamento consolidado que entende pela hierarquia supralegal dos tratados internacionais sobre direitos humanos não incorporados segundo o parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição. Porém, é prematuro concluir que já houve a superação para um entendimento sobre a hierarquia constitucional dos tratados, uma vez que

⁵⁰ Relator Ministro Edson Fachin, órgão julgador: Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2020, publicação: 26/08/2020.

⁵¹ FARACO, Marina. **Pluralismos jurídicos sob a perspectiva de um Código de Processo Constitucional: a necessária regulamentação processual do controle de convencionalidade das leis no Brasil**. In: FARACO, Marina; TAVARES, André Ramos (Orgs). Um código de processo constitucional para o Brasil. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021. Págs. 345 a 347.

essa é a primeira decisão do STF, que se tem notícia, sobre o assunto.

3.1.4 Hierarquia supraconstitucional

A quarta e última corrente sobre o presente tema é a que defende a hierarquia supraconstitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos, isto é, tais convenções estariam acima da própria Constituição. Esse era o entendimento do Supremo Tribunal Federal antes de 1977⁵², quando então passou a adotar a hierarquia legal de todos os tratados, independentemente de seu conteúdo.

De acordo com Felipe Klein Gussoli⁵³, a posição da supraconstitucionalidade não possui muitos defensores na doutrina do país, mas é a que prevalece nas cortes internacionais, as quais já até mesmo consideraram preceitos constitucionais contrários às convenções internacionais. Essa corrente, continua o autor, tem por fundamento a grande importância das normas definidoras de direitos humanos e a imperiosa necessidade de se buscar sua maior efetividade possível.

Além disso, baseia-se também nos princípios do *pacta sunt servanda* e do *voluntas civitatis maximae est servanda*⁵⁴, isto é, o Estado tem o dever de cumprir o tratado que livremente aderiu. De fato, não há lógica em se submeter às normas de uma convenção internacional de direitos humanos para, posteriormente, desrespeitá-las em razão de Direito interno criado pelo próprio Estado que voluntariamente se tornou parte do tratado.

Inclusive, é nesse sentido a previsão dos artigos 26 e 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, o qual foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 7.030/2009. Referidos dispositivos determinam que as convenções internacionais

⁵² “Observe-se que, anteriormente a 1977, há diversos acórdãos consagrando o primado do Direito Internacional, como é o caso da União Federal vs. Cia. Rádio Internacional do Brasil (1951), em que o Supremo Tribunal Federal decidiu unanimemente que um tratado revogava as leis anteriores (Apelação Cível n. 9.587). Merece também menção um acórdão do STF, em 1914, no Pedido de Extradicação n. 7 de 1913, em que se declarava estar em vigor e aplicável um tratado, apesar de haver uma lei posterior contrária a ele. O acórdão na Apelação Cível n. 7.872 de 1943, com base no voto de Philadelpho de Azevedo, também afirma que a lei não revoga o tratado.” (PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013. Pág. 120).

⁵³ GUSSOLI, Felipe Klein. **Hierarquia supraconstitucional relativa dos tratados internacionais de direitos humanos**. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 6, nº 3, p. 703-747, set-dez/2019. Págs. 728 a 733.

⁵⁴ É como ensina Flávia Piovesan, ao citar Marotta Rangel (PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013. Pág. 126).

obrigam as partes, que devem cumpri-las de boa-fé, e que os Estados-parte signatários são proibidos de invocar seu próprio Direito interno para justificar eventual inadimplemento das obrigações advindas desses tratados.⁵⁵

Ainda, a ideia do Constitucionalismo Global, defendida por alguns autores, também reforça o posicionamento da hierarquia supraconstitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos. De fato, conforme ensina Flávio Martins Alves Nunes Júnior⁵⁶, o “Constitucionalismo Global é uma tentativa de se elaborar um arcabouço normativo único [...], de conteúdo materialmente constitucional, servindo de ‘guarda-chuva legal’, em superposição ao direito constitucional de cada país”. E completa José Joaquim Gomes Canotilho⁵⁷ sobre esse tema que, ao tratar do Direito Internacional, “entende-se a transformação deste direito em *parâmetro de validade* das próprias constituições nacionais cujas normas deveriam ser consideradas nulas se violassem as normas do *jus cogens* internacional.”

Ademais, a defesa da supraconstitucionalidade pode ser extraída da própria Constituição Federal, que no inciso II do artigo 4º prevê a prevalência dos direitos humanos⁵⁸,

⁵⁵ Em relação à tal previsão da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (Decreto nº 7.030/2009), interessante citar o que ensina Marina Faraco Lacerda Gama: “Há, ainda, autores que sustentam a supralegalidade de todos os tratados internacionais ‘comuns’, como Mazzuoli (2009, p. 15), para quem: ‘(...) pelo fato de não existir na Constituição qualquer menção expressa sobre o grau hierárquico dos tratados internacionais comuns, a outra solução não se pode chegar senão atribuir valor infraconstitucional (mas supralegal) a tais instrumentos.’ Segundo tal raciocínio, os tratados ‘comuns’ prevaleceriam sobre toda a legislação infraconstitucional. Não é esta, contudo, a regra constante dos Artigos 5º, §§ 2º e 3º e 102, III, ‘b’ da Constituição Federal. Tampouco o Artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, sob o qual fundamentada a tese, autoriza tal conclusão. Isto porque, ao prever a impossibilidade de descumprimento de um tratado pelo Estado que invoca sua legislação interna contrária e ele, o dispositivo contempla justamente a premissa de que eventual incompatibilidade doméstica não afeta a vigência ou a eficácia externa da norma convencional. Logo, o Estado terá de observar o tratado no plano internacional, ainda que contrário ao seu direito interno, sob pena de ser responsabilizado na ordem externa. De fato, ‘(...) nenhuma norma da Carta de 1988 autoriza os intérpretes a entender que tratados internacionais *comuns* são superiores às leis federais brasileiras’ (Pagliarini, 2012, p. 39). Afinal, segundo a lição de Barbosa (2010, p. 36), o que torna uma norma superior a outra é justamente a impossibilidade de se lhe modificar. Assim, se ‘(...) o poder de fazer a lei não compreende o de reformar a Constituição’ (Barbosa, 2010, p. 36), decerto, esta é superior àquela. Logo, se no plano interno um tratado pode ser revogado por norma infraconstitucional posterior, como veremos adiante, não tem em relação a ela superioridade hierárquica. Raciocínio inverso se aplica aos tratados de direitos humanos, que, portanto, são superiores às leis, como estabelece o § 2º do Artigo 5º da Constituição.” (FARACO, Marina. **Pluralismos jurídicos e conflitos normativos: a solução de antinomias sob a racionalidade dualista**. In: GUIMARÃES, Antônio Marcio da Cunha; MARQUES, Miguel Ângelo (Coord.). DIGE: Direito Internacional e Globalização Econômica. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. Pág. 68).

⁵⁶ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Pág. 95.

⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2012.

⁵⁸ Sobre o artigo 4º, inciso II, da Constituição Federal, importante mencionar lição de Marina Faraco Lacerda Gama: “Exceção a esta regra se dá quanto aos tratados de direitos humanos materialmente constitucionais que veiculem norma mais benéfica do que a da própria Constituição, que, embora hierarquicamente superior, será por eles derogada, conforme seu Artigo 4º, II: ‘Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) II – prevalência dos direitos humanos; (...)’ Trata-se da ductilidade *pro homine*, nas palavras de Lora Alarcón (2012, p. 62 et seq.), que impõe a interação dos sistemas nacionais e internacionais em prol da universalidade dos direitos humanos, fazendo prevalecer a norma que lhes garanta

bem como com base na cláusula de abertura disposta no parágrafo 2º do artigo 5º.

Por fim, Felipe Klein Gussoli⁵⁹ entende que o Supremo Tribunal Federal acabou reconhecendo, indiretamente, a hierarquia supraconstitucional da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto nº 678/1992). Isso porque, apesar de se posicionar pela supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos no julgamento analisado anteriormente, acabou impossibilitando a aplicação da norma constitucional que prevê a prisão do depositário infiel (artigo 5º, inciso LXVII). Assim, estaria, conseqüentemente, decidindo pela prevalência do tratado internacional sobre a Constituição Federal.

3.2 Hierarquia do Estatuto de Roma no ordenamento jurídico brasileiro

De acordo com a atual jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal, portanto, o Estatuto de Roma possuiria hierarquia supralegal, uma vez que é um tratado internacional sobre direitos humanos que não foi incorporado nos termos do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição, não sendo considerado equivalente a emenda constitucional nos termos do mencionado dispositivo.

Por outro lado, nos termos do que foi examinado no item 3.1.3, pode-se concluir que, para a maioria da doutrina, o Estatuto de Roma seria materialmente constitucional, em razão do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal, uma vez que referido tratado de direitos humanos não passou pelo procedimento do parágrafo 3º do mesmo dispositivo.

Inclusive, o Supremo Tribunal Federal, em decisão recente de 2020, deu sinais de que essa posição majoritária da doutrina poderá provocar uma alteração do entendimento da supralegalidade até então adotado, passando a Suprema Corte a se filiar ao referido entendimento da constitucionalidade (material ou material e formal) dos tratados internacionais sobre direitos humanos, conforme se demonstrou acima, quando da notícia do julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 5.543/DF, sob a relatoria do Ministro Edson Fachin.

proteção mais efetiva, ainda que hierarquicamente inferior.” (FARACO, Marina. **Pluralismos jurídicos e conflitos normativos: a solução de antinomias sob a racionalidade dualista**. In: GUIMARÃES, Antônio Marcio da Cunha; MARQUES, Miguel Ângelo (Coord.). DIGE: Direito Internacional e Globalização Econômica. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. Pág. 67).

⁵⁹ GUSSOLI, Felipe Klein. **Hierarquia supraconstitucional relativa dos tratados internacionais de direitos humanos**. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 6, nº 3, p. 703-747, set-dez/2019. Págs. 732 e 733.

Contudo, como será defendido neste trabalho posteriormente, entende-se que o Estatuto de Roma, na realidade, possui hierarquia supraconstitucional.

4 O ESTATUTO DE ROMA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL: CONFLITOS E SOLUÇÕES

Nos capítulos anteriores, verificou-se que o Estatuto de Roma tem natureza jurídica de tratado internacional sobre direitos humanos, tendo em vista os princípios que regem a atuação do Tribunal Penal Internacional e os crimes extremamente graves que visa combater. Em seguida, analisou-se a forma pela qual o tratado foi incorporado ao Direito brasileiro e, conseqüentemente, sua hierarquia dentro do ordenamento jurídico, segundo a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Notadamente, ao ser introduzido no ordenamento jurídico, não haverá possibilidade de que o Estatuto de Roma possa perturbar a harmonia do respectivo sistema normativo, tornando-se indispensável que as normas que o compõem estabeleçam relacionamento de coerência com todo o ordenamento. Nesse sentido, oportuno destacar a lição de Norberto Bobbio⁶⁰:

Diz-se que um ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele normas incompatíveis. Aqui, “sistema” equivale à validade do princípio que exclui a incompatibilidade das normas. Se num ordenamento vêm a existir normas incompatíveis, uma das duas ou ambas devem ser eliminadas. Se isso é verdade, quer dizer que as normas de um ordenamento têm um certo relacionamento entre si, e esse relacionamento é o relacionamento de compatibilidade, que implica a exclusão da incompatibilidade.

Assim sendo, passa-se a examinar, então, a relação entre o Estatuto de Roma e a Constituição Federal, uma vez que é possível encontrar aparentes incompatibilidades entre os dois textos normativos.

Dessa forma, cabe ao intérprete resolver esse defeito do sistema, por meio dos critérios disponíveis na hermenêutica para superar as antinomias, os quais serão apresentados a seguir, sem qualquer pretensão de dar a palavra final sobre o tema, mas com o intuito de apontar aquele que se entende ser a solução mais apropriada.

4.1 Antinomias jurídicas

⁶⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. Pág. 80.

Confrontando os textos da Constituição Federal e do Estatuto de Roma, nota-se a existência de 6 (seis) conflitos entre suas disposições normativas, os quais, inclusive, já foram reconhecidos, apesar de não terem sido enfrentados, pelo Supremo Tribunal Federal na Petição nº 4.625⁶¹. São eles: (i) a entrega de nacional ao Tribunal Penal Internacional, (ii) a exceção à coisa julgada, (iii) a previsão de prisão perpétua, (iv) a falta de previsão das penas para os crimes internacionais, (v) a desconsideração de imunidades e prerrogativas de função e (vi) a imprescritibilidade dos crimes previstos no Estatuto.

As referidas antinomias serão enumeradas e explicadas abaixo, para que, a seguir, seja possível analisar as soluções possíveis para elas.

4.1.1 Entrega de nacional

A primeira antinomia é a que se refere à entrega de pessoas ao Tribunal Penal Internacional.

O Estatuto de Roma, em seu artigo 89⁶², estabelece que o Tribunal Penal Internacional pode solicitar a detenção e entrega de pessoa, nacional ou estrangeiro, ao Estado em que ela se encontre.

Por outro lado, a Constituição Federal, entre os direitos individuais previstos no artigo 5º, prevê, no inciso LI⁶³, que nenhum brasileiro nato será extraditado do Brasil. Já os brasileiros naturalizados só poderão ser extraditados se cometeram crime antes da naturalização ou em caso de tráfico de drogas, antes ou depois da naturalização. Também, veda-se, no inciso LII⁶⁴, a extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião.

⁶¹ Pet 4.625, despacho proferido pelo Ministro Celso de Mello, no exercício da Presidência em 17/07/2009, DJE de 04/08/2009 e disponível no Informativo STF nº 554, de 03 a 07 de agosto de 2009. Tratava-se de pedido de cooperação internacional e auxílio judiciário, formulado pelo Tribunal Penal Internacional, que visava a detenção e entrega do Chefe de Estado da República do Sudão.

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

⁶³ “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;”

⁶⁴ “LII – não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião;”

Se não bastasse isso, importante mencionar a Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017), que também disciplina sobre a matéria. Do artigo 81 ao 99, a referida norma prevê, entre outros pontos, requisitos legais, condições e compromissos que o Estado requerente deve assumir a fim de que se conceda a extradição.

Portanto, nota-se que, *prima facie*, há incompatibilidade entre os dispositivos normativos mencionados, uma vez que o Estatuto de Roma não excepciona a regra que prevê a obrigatoriedade da pessoa ser entregue ao Tribunal Penal Internacional, enquanto que a Constituição Federal veda determinadas situações de extradição.

4.1.2 Exceção à coisa julgada

Em seguida, a próxima aparente contradição envolve o fenômeno da coisa julgada, o qual, segundo o artigo 6º, parágrafo 3º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942), pode ser assim definido: “chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.”

Realmente, o artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal⁶⁵, entendendo a estabilização das relações jurídicas e a segurança jurídica como direitos fundamentais, prevê que a lei não prejudicará a coisa julgada.

Por sua vez, apesar de prever o princípio do *ne bis in idem* em seu artigo 20⁶⁶, estudado no item 2.1 deste trabalho, o artigo 17 do Estatuto de Roma permite que o Tribunal Penal Internacional desconsidere o transitu em julgado ocorrido internamente no Estado-parte e julgue novamente determinada lide. Tal previsão ocorre para situações específicas, como, por exemplo, a hipótese de o processo ter sido utilizado para subtrair do acusado sua responsabilidade penal por crime que tenha cometido e que também seja de competência do

⁶⁵ “XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;”

⁶⁶ “1. Salvo disposição contrária do presente Estatuto, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por atos constitutivos de crimes pelos quais esta já a tenha condenado ou absolvido. 2. Nenhuma pessoa poderá ser julgada por outro tribunal por um crime mencionado no artigo 5º, relativamente ao qual já tenha sido condenada ou absolvida pelo Tribunal. 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.”

TPI ou no caso de o TPI entender que o processo foi conduzido de forma parcial ou não independente.

Dessa forma, o Estatuto de Roma permite a revisão e desconstituição da coisa julgada, a qual é protegida constitucionalmente como um direito fundamental.

4.1.3 Prisão perpétua

A terceira disposição em conflito é a previsão de prisão perpétua, por parte do Estatuto de Roma, em seu artigo 77⁶⁷, entre uma das possíveis penas que podem ser aplicadas aos condenados pelo Tribunal Penal Internacional.

Entretanto, a Constituição prevê, em seu artigo 5º, inciso XLVII, alínea “b”, que não haverá penas de caráter perpétuo, entre elas, obviamente, a de prisão perpétua.

Assim, o Decreto nº 4.388/2002, que promulgou o Estatuto de Roma, prevê dispositivo que, em tese, é contrário à Constituição.

4.1.4 Reserva legal

Além disso, a Constituição Federal prevê que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (artigo 5º, inciso XXXIX).

De acordo com Flávio Martins Alves Nunes Júnior⁶⁸, esse dispositivo constitucional estabelece o princípio da reserva legal. Referido princípio, continua o professor, determina que somente a lei, escrita e no sentido estrito, pode definir as infrações penais (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*). Além disso, deriva dele outros 3 (três) princípios, que são o da anterioridade (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*), o da proibição da analogia (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*) e o da taxatividade (*nullum crimen, nulla poena*

⁶⁷ “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: b) Pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem,”

⁶⁸ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Págs. 874 e 875.

sine lege certa).

Ocorre que, apesar de o Tribunal Penal Internacional estar obrigado a seguir princípios semelhantes a estes, como estudado no item 2.1 desta monografia⁶⁹, o Estatuto de Roma dispõe sobre os crimes de sua competência do artigo 5º ao 8º e apenas prevê as penas aplicáveis e a forma de sua fixação nos artigos 77 e 78. Ou seja, não há a cominação da pena para cada crime separadamente, como ocorre, por exemplo, com o Código Penal brasileiro. Dessa forma, cabe ao Tribunal Penal Internacional, com ampla discricionariedade, dentro das balizas do Estatuto, decidir qual será a pena aplicada ao condenado de determinado caso julgado.

Por conseguinte, o Estatuto de Roma estaria desrespeitando o princípio da reserva legal, direito fundamental previsto na Constituição Federal.

4.1.5 Imunidades e prerrogativa de foro

A Constituição Federal prevê imunidades e prerrogativa de foro para diversas autoridades, com a finalidade de preservar o devido exercício das funções públicas.

Cita-se, exemplificativamente, entre outros dispositivos, as imunidades e prerrogativa de foro dos parlamentares, dispostas no artigo 53 da Constituição Federal⁷⁰, e do Presidente da República, previstas no artigo 86 da Constituição⁷¹.

Por outro lado, o artigo 27 do Estatuto de Roma⁷² estabelece a irrelevância da

⁶⁹ O Estatuto de Roma, por exemplo, prevê os princípios da *nullum crimen sine lege* (artigo 22) e da *nulla poena sine lege* (artigo 23).

⁷⁰ “Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. § 1º Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal. § 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão. § 3º Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.”

⁷¹ “Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade. [...] § 3º Enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito a prisão. § 4º O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções.”

⁷² “1. O presente Estatuto será aplicável de forma igual a todas as pessoas sem distinção alguma baseada na qualidade oficial. Em particular, a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público, em caso algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal nos termos do presente Estatuto, nem constituirá de per se motivo de redução da pena.

qualidade oficial do acusado para a responsabilização de qualquer pessoa perante o Tribunal Penal Internacional. Ou seja, nenhuma imunidade ou prerrogativa de foro previsto no âmbito do Direito interno de cada Estado-parte é capaz de afastar a jurisdição do TPI.

Dessa forma, nota-se, *prima facie*, mais uma antinomia entre os textos da Constituição Federal e do Estatuto de Roma.

4.1.6 Imprescritibilidade

Por fim, o sexto e último conflito aparente é o da imprescritibilidade dos crimes previstos no Estatuto de Roma. Expressamente, o artigo 29 do tratado dispõe que “Os crimes da competência do Tribunal não prescrevem. ”

Todavia, a Constituição Federal estabelece que apenas a prática de racismo (artigo 5º, inciso XLII)⁷³ e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (artigo 5º, inciso XLIV)⁷⁴ são crimes imprescritíveis. Ou seja, o Direito brasileiro adota como regra a prescrição dos crimes, salvo as exceções expressamente previstas no texto constitucional. Isso porque, conforme ensina Flávio Martins Alves Nunes Júnior⁷⁵, “A prescrição dos crimes, em vez de ser uma cláusula de impunidade, é um corolário da dignidade da pessoa humana, na medida em que o Estado não pode investigar, processar e punir supostos infratores décadas depois da prática da infração que lhes é imputada. ”

Logo, evidente que a imprescritibilidade dos crimes de competência do Tribunal Penal Internacional dispostos no Estatuto de Roma apresenta incompatibilidade aparente com a regra constitucional da prescrição dos crimes, a qual, como visto, só admite 2 (duas) exceções.

4.2 Soluções apresentadas pela doutrina

2. As imunidades ou normas de procedimento especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa; nos termos do direito interno ou do direito internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa. ”

⁷³ “XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; ”

⁷⁴ “XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; ”

⁷⁵ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Págs. 737 e 738.

Diante das aparentes antinomias jurídicas existentes entre a Constituição Federal e o Estatuto de Roma, indicadas no tópico anterior, torna-se necessário discorrer sobre as possíveis soluções capazes de manter a harmonia do ordenamento jurídico brasileiro.

A esse respeito, destaca-se, desde já, que o Supremo Tribunal Federal não teve a oportunidade, até hoje, de decidir sobre essas questões. Por sua vez, a doutrina brasileira procura saídas para as problemáticas acima descritas, as quais serão estudadas abaixo.

4.2.1 Interpretações que negam a existência de antinomias

Examinando-se estudos que trataram especificamente sobre o Estatuto de Roma e eventuais conflitos que poderiam existir com a Constituição Federal, nota-se uma tendência de se negar a existência de qualquer antinomia decorrente do confronto desses dois textos normativos, mesmo tendo por base que referido tratado possui hierarquia materialmente constitucional.

De fato, essa é a conclusão de 3 (três) dissertações de mestrado sobre o assunto, elaboradas por Luciana de Oliveira Bueno⁷⁶, Leisa Boreli Prizon⁷⁷ e Paula da Rocha e Silva⁷⁸, bem como do trabalho de conclusão de curso apresentado por Gideon Windsor Bush Miranda da Silva⁷⁹ e por 2 (dois) artigos distintos, elaborados por Juliana Ervilha Teixeira Pereira⁸⁰ e por Valerio de Oliveira Mazzuoli⁸¹, respectivamente.

Nesse sentido, com fulcro no entendimento esposado pelos mencionados autores

⁷⁶ BUENO, Luciana de Oliveira. **Tribunal Penal Internacional e o direito interno brasileiro**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

⁷⁷ PRIZON, Leisa Boreli. **Tribunal Penal Internacional: prevalência dos direitos humanos e o aparente conflito com a Constituição Federal brasileira**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

⁷⁸ SILVA, Paula da Rocha e. **Tribunal Penal Internacional: o conflito entre normas penais insertas na Constituição Federal de 1988 e no Tratado de Roma**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

⁷⁹ SILVA, Gideon Windsor Bush Miranda da. **Tribunal Penal Internacional e flexibilização das cláusulas pétreas**. 2014. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Universidade da Amazônia, Belém (PA), 2014.

⁸⁰ PEREIRA, Juliana Ervilha Teixeira. **O Tribunal Penal Internacional: breve análise legislativa**. Revista Científica Doctum Direito, vol. 1, nº 1, 2015.

⁸¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O Tribunal Penal Internacional: integração ao direito brasileiro e sua importância para a justiça penal internacional**. Revista de Informação Legislativa, vol. 41, nº 164, p. 157-178, out-dez/2004.

acima citados, passa-se a se analisar as razões que os levaram a concluir, na grande maioria das situações, pela inexistência de qualquer incompatibilidade entre a Constituição Federal e o Estatuto de Roma.

Primeiro, em relação à entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional, os autores são uníssomos ao entender que a extradição não se confunde com a entrega.⁸²

De fato, o próprio Estatuto de Roma os diferencia. De acordo com seu artigo 102, o instituto da entrega significa “a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal nos termos do presente Estatuto”, enquanto que o instituto da extradição é definido como “a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno.”

Esse entendimento se coaduna com o ordenamento jurídico brasileiro. Com efeito, o artigo 81 da Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017), apesar de não dispor sobre o instituto da entrega, define a extradição como sendo “a medida de cooperação internacional entre o Estado brasileiro e outro Estado pela qual se concede ou solicita a entrega de pessoa sobre quem recaia condenação criminal definitiva ou para fins de instrução de processo penal em curso.”

Assim, segundo esses autores, não há incompatibilidade entre o Estatuto de Roma, que prevê o instituto da entrega, e os incisos LI e LII do artigo 5º da Constituição Federal, os quais resguardam direitos fundamentais relacionados à extradição.

Em seguida, sobre a possibilidade de violação à coisa julgada, Gideon Windsor Bush Miranda da Silva⁸³, resumidamente, entende que a legislação interna já prevê hipóteses em que a coisa julgada pode ser relativizada, como a ação rescisória e a revisão criminal. Além disso, defende que o Estatuto de Roma somente permite que haja novo julgamento de um caso já transitado em julgado no âmbito interno de um Estado em situações específicas que demonstrariam, em suma, injustiças no julgamento do processo, como, por exemplo, a parcialidade do juiz. Dessa forma, conclui que o Estatuto de Roma não desrespeita a coisa julgada, mas apenas a regulamenta, como faz a legislação interna.

Já em relação à previsão de prisão perpétua pelo Estatuto de Roma, há controvérsia

⁸² Também nesse sentido: MOURA, Evânio. **O Tribunal Penal Internacional e o direito interno: a necessária distinção entre extradição e entrega de nacional**. Revista dos Tribunais, vol. 893/2010, p. 437-453, mar/2010.

⁸³ SILVA, Gideon Windsor Bush Miranda da. **Tribunal Penal Internacional e flexibilização das cláusulas pétreas**. 2014. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Universidade da Amazônia, Belém (PA), 2014. Págs. 155 a 160.

entre os autores. Luciana de Oliveira Bueno⁸⁴ defende que a previsão constitucional que veda penas de caráter perpétuo restringe apenas a atuação do legislador interno, não conflitando com o Estatuto de Roma. Por sua vez, Leisa Boreli Prizon⁸⁵ entende que, uma vez que a Constituição Federal prevê a hipótese de pena de morte em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, inciso XIX, o que seria mais grave, poder-se-ia admitir a prisão perpétua, que seria mais leve, comparativamente. Também, afirma que, tendo em vista que o Brasil aceitou a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, deve respeitar eventual pena de prisão perpétua aplicada como regra da legislação internacional.

Por outro lado, discordando de tal posicionamento, Paula da Rocha e Silva⁸⁶ entende que a norma constitucional da vedação às penas de caráter perpétuo deve prevalecer sobre o Estatuto de Roma, por compreender ser a regra mais justa e menos gravosa à dignidade da pessoa humana. Também rebate posicionamento de Valerio de Oliveira Mazzuoli⁸⁷ que compreende pela inexistência de antinomia, uma vez que, em síntese, prevaleceria o Estatuto de Roma em razão da dignidade da sociedade internacional, sendo que a norma constitucional apenas seria aplicada internamente. A autora mencionada, no entanto, diverge dessa posição, ao defender que o primeiro argumento, apesar de relevante, não pode justificar o afastamento de um direito fundamental sem outras ponderações; enquanto o segundo é afastado tendo em vista que o Estatuto foi incorporado ao Direito interno brasileiro, devendo haver a devida compatibilidade entre o tratado e o ordenamento jurídico brasileiro.

Logo, evidente que a antinomia relacionada à prisão perpétua possui relevante divergência doutrinária. Nota-se que os posicionamentos pela aplicação do Estatuto de Roma, na tentativa de afirmar que o conflito entre as normas seria somente aparente, apresentam interpretações que são difíceis de serem consensuais e que não justificam a não aplicação de tão importante direito fundamental, relacionado com a proibição de penas de caráter perpétuo, previsto na Constituição Federal. Por outro lado, defender que a Constituição veda a pena de

⁸⁴ BUENO, Luciana de Oliveira. **Tribunal Penal Internacional e o direito interno brasileiro**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. Págs. 184 a 187.

⁸⁵ PRIZON, Leisa Boreli. **Tribunal Penal Internacional: prevalência dos direitos humanos e o aparente conflito com a Constituição Federal brasileira**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Págs. 107 a 114.

⁸⁶ SILVA, Paula da Rocha e. **Tribunal Penal Internacional: o conflito entre normas penais insertas na Constituição Federal de 1988 e no Tratado de Roma**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Págs. 141 a 151.

⁸⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O Tribunal Penal Internacional: integração ao direito brasileiro e sua importância para a justiça penal internacional**. Revista de Informação Legislativa, vol. 41, nº 164, p. 157-178, out-dez/2004. Págs. 172 a 174.

prisão perpétua prevista no Estatuto de Roma seria excepcionar regra prevista em tratado assinado pelo país e estaria, ao final, permitindo que cada Estado-parte o aplique conforme sua legislação interna, prejudicando a própria existência e razão de existir do tratado.

Com relação ao princípio da reserva legal, a Constituição Federal estabelece que “não há crime sem lei anterior que o define, nem pena sem prévia cominação legal” (artigo 5º, inciso XXXIX). Entretanto, o Estatuto de Roma ao prever as penas, não o faz separadamente para cada crime, deixando ao Tribunal Penal Internacional a discricionariedade de decidir pela pena a ser aplicada em cada caso concreto.

A esse respeito, Luciana de Oliveira Bueno⁸⁸ afirma que os princípios que regem o Estatuto de Roma respeitam tal princípio, estando ambos em consonância. Além disso, Gideon Windsor Bush Miranda da Silva⁸⁹ entende que o princípio da reserva legal não exige que haja a previsão das penas individualmente para cada crime, como é feito no Código Penal brasileiro, sendo essa apenas uma diferença na forma de legislar.

Assim, ambos os autores, concluem pela inexistência de incompatibilidade entre a Constituição Federal e o Estatuto de Roma no que concerna à reserva legal.

Quanto à previsão do Estatuto de Roma sobre a irrelevância da qualidade oficial para o exercício da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, Luciana de Oliveira Bueno⁹⁰ e Leisa Boreli Prizon⁹¹ entendem que tal disposição não conflita com as imunidades e prerrogativas de foro previstas na Constituição Federal.⁹²

De acordo com a primeira autora supramencionada, as imunidades em razão da função existem para proteger a soberania de um Estado perante o outro, não para afastar a jurisdição de um Tribunal Internacional. Além disso, a segunda autora defende que o Estatuto de Roma,

⁸⁸ BUENO, Luciana de Oliveira. **Tribunal Penal Internacional e o direito interno brasileiro**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. Págs. 190 e 191.

⁸⁹ SILVA, Gideon Windsor Bush Miranda da. **Tribunal Penal Internacional e flexibilização das cláusulas pétreas**. 2014. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Universidade da Amazônia, Belém (PA), 2014. Págs. 187 a 196.

⁹⁰ BUENO, Luciana de Oliveira. **Tribunal Penal Internacional e o direito interno brasileiro**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. Págs. 188 a 190.

⁹¹ PRIZON, Leisa Boreli. **Tribunal Penal Internacional: prevalência dos direitos humanos e o aparente conflito com a Constituição Federal brasileira**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Págs. 114 a 117.

⁹² Nesse mesmo sentido: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O Tribunal Penal Internacional: integração ao direito brasileiro e sua importância para a justiça penal internacional**. Revista de Informação Legislativa, vol. 41, nº 164, p. 157-178, out-dez/2004. Págs. 174 e 175.

ao desconsiderar a função exercida por qualquer pessoa, está concretizando “os princípios da igualdade, do acesso à Justiça, do direito da vítima à justiça e da prevalência dos Direitos Humanos”.

Por fim, no que concerne à imprescritibilidade dos crimes dispostos no Estatuto de Roma, Luciana de Oliveira Bueno⁹³ e Paula da Rocha e Silva⁹⁴ entendem que a Constituição Federal, ao prever apenas dois crimes como sendo imprescritíveis (incisos XLII e XLIV do artigo 5º), consagra a prescritibilidade como regra no ordenamento jurídico. Porém, não haveria uma proibição para que esse rol fosse ampliado, especialmente se forem para crimes graves, como ocorre com os previstos no Estatuto de Roma. Assim, também não haveria incompatibilidade com a norma constitucional.

Entretanto, esse posicionamento não é consensual na doutrina e na jurisprudência. De fato, lecionando sobre a tortura, um crime de mais alta gravidade, Flávio Martins Alves Nunes Júnior⁹⁵ escreve que “Prevalece na doutrina brasileira e sobretudo na jurisprudência que a tortura é um crime prescritível. O argumento é positivista: os únicos crimes imprescritíveis no Brasil decorrem de previsão constitucional expressa”. A Constituição Federal prevê o racismo (artigo 5º, inciso XLII) e a ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (artigo 5º, inciso XLIV) como crimes imprescritíveis e, ao tratar da tortura, dispõe somente que é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (artigo 5º, inciso XLIII).

Importante ressaltar que, apesar disso, há doutrinadores que defendem a imprescritibilidade do crime de tortura, em consonância com o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos⁹⁶. Também, com relação a essa questão, importante destacar decisão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região que decidiu pela imprescritibilidade do crime de tortura, utilizando como fundamento, entre outros, o próprio Estatuto de Roma⁹⁷.

De toda forma, tendo em vista que prevalece na doutrina e na jurisprudência brasileiras

⁹³ BUENO, Luciana de Oliveira. **Tribunal Penal Internacional e o direito interno brasileiro**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. Págs. 194 e 195.

⁹⁴ SILVA, Paula da Rocha e. **Tribunal Penal Internacional: o conflito entre normas penais insertas na Constituição Federal de 1988 e no Tratado de Roma**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Págs. 124 a 134.

⁹⁵ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Págs. 737 a 740.

⁹⁶ Por exemplo: CONSTITUCIONALISTAS afirmam: não há prescrição para crime de tortura. **Jusbrasil**. Disponível em: <https://oab-rj.jusbrasil.com.br/noticias/169954/constitucionalistas-afirmam-nao-ha-prescricao-para-crime-de-tortura>. Acesso em: 07/03/2022.

⁹⁷ Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Turma Especialidade I, Carta Testemunhável nº 0500068-73.2018.4.02.5106, origem: 1ª Vara Federal de Petrópolis, julgado em 14/08/2019.

que nem um crime gravíssimo como a tortura é imprescritível, o posicionamento de que não haveria incompatibilidade entre o Estatuto de Roma e a Constituição Federal enfrenta algumas críticas.

4.2.2 Critério da norma mais benéfica ao ser humano

Percebe-se que as interpretações que negam a existência de antinomias entre a Constituição Federal e o Estatuto de Roma repousam, muitas vezes, em argumentos que não estão completamente livres de serem contraditados, não havendo, portanto, consenso sobre todas as antinomias acima examinadas.

De fato, há posicionamentos consolidados, como é o caso da entrega de nacional e sua diferença com o instituto da extradição. Todavia, conforme analisado acima, há outros que são passíveis de críticas e abertos a interpretações diferentes, como é o caso da previsão de prisão perpétua pelo Estatuto de Roma e sua proibição pela Constituição Federal, bem como da imprescritibilidade dos crimes prevista pelo tratado fora das hipóteses previstas no texto constitucional.

Nesse sentido, conclui-se que as posições acima estudadas são passíveis de serem questionadas e os argumentos que as sustentam não conseguem afastar indubitavelmente a existência de incompatibilidades entre as normas em confronto. Assim, entende-se ser necessário adotar critérios hermenêuticos para solucionar essas aparentes antinomias e preservar a unidade e coerência do ordenamento jurídico.

Como é cediço, os critérios clássicos para solução de conflitos entre normas são o hierárquico, o cronológico e o da especialidade⁹⁸. Porém, nenhum deles é útil no presente caso. Isso porque, levando-se em consideração a doutrina majoritária no Brasil e a presunção de que o Supremo Tribunal Federal caminha para superar sua jurisprudência atual (supralegalidade), como já explanado neste trabalho, o Estatuto de Roma seria materialmente constitucional, estando, portanto, na mesma hierarquia que a Constituição Federal, o que inviabiliza o uso do critério hierárquico.

⁹⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. Págs. 91 a 97.

De outro lado, os critérios cronológico e da especialidade também não podem ser utilizados, pois as antinomias jurídicas existentes, apontadas anteriormente, se relacionam com direitos fundamentais protegidos na condição de cláusulas pétreas (artigo 60, parágrafo 4º, da Constituição). Isto é, mesmo tendo a mesma hierarquia da Constituição, nenhuma norma especial ou posterior pode violar disposições que possuem natureza de cláusula pétrea.

Apesar disso, deve-se ponderar que se está diante de normas definidoras de direitos humanos e de direitos fundamentais, sendo possível, então, utilizar o critério da norma mais benéfica ao ser humano (princípio *pro persona*), com a finalidade de se solucionar as presentes antinomias jurídicas. Nessa linha de entendimento encontra-se Flávia Piovesan⁹⁹, que é citada por Marina Faraco Lacerda Gama¹⁰⁰ ao lecionar que:

No que concerne ao específico conflito entre uma norma da Constituição e a de um tratado internacional de direitos fundamentais – que têm, portanto, a mesma hierarquia material – existe, ainda, um critério especial de solução, fundado na dignidade da pessoa humana, segundo o qual deve prevalecer a norma mais favorável à vítima (Piovesan, 2011, p. 157). Neste caso, não haveria de se falar em primazia do Direito interno ou do Direito internacional, senão da norma mais benéfica ao ser humano. Tal critério, consagrado em diversos tratados internacionais, (Piovesan, 2011, p. 157), também encontra amparo na Constituição Federal de 1988, especialmente em seus Artigos 1º, III; 4º, II e 60, § 4º, IV, que não admite a supressão de direitos fundamentais sequer por Emenda Constitucional. O critério da norma mais benéfica excepciona a incidência dos demais – hierárquico, da especialidade e cronológico – fazendo prevalecer sempre a regra mais protetiva ao ser humano, ainda que anterior, geral ou formalmente inferior à Constituição, como é o caso dos tratados de direitos fundamentais não aprovados pelo quórum das Emendas Constitucionais.

De fato, Marina Faraco Lacerda Gama sustenta que o princípio *pro persona* decorre diretamente do artigo 4º, inciso II, da Constituição Federal, entendendo que, entre a Constituição Federal e um tratado internacional de direitos humanos materialmente constitucional, deve-se privilegiar a norma mais benéfica, respeitando-se, assim, a prevalência dos direitos humanos prevista no dispositivo mencionado.¹⁰¹

⁹⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013. Págs. 156 a 162.

¹⁰⁰ FARACO, Marina. **Pluralismos jurídicos e conflitos normativos: a solução de antinomias sob a racionalidade dualista**. In: GUIMARÃES, Antônio Marcio da Cunha; MARQUES, Miguel Ângelo (Coord.). DIGE: Direito Internacional e Globalização Econômica. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. Pág. 70.

¹⁰¹ “Exceção a esta regra se dá quanto aos tratados de direitos humanos materialmente constitucionais que veiculem norma mais benéfica do que a da própria Constituição, que, embora hierarquicamente superior, será por eles derogada, conforme seu Artigo 4º, II: ‘Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) II – prevalência dos direitos humanos; (...)’ Trata-se da ductilidade *pro homine*, nas palavras de Lora Alarcón (2012, p. 62 et seq.), que impõe a interação dos sistemas nacionais e internacionais em prol da universalidade dos direitos humanos, fazendo prevalecer a norma que lhes garanta proteção mais efetiva, ainda que hierarquicamente inferior.” (FARACO, Marina. **Pluralismos jurídicos e**

Ainda nesse sentido, Luiz Guilherme Arcaro Conci¹⁰² dá um passo além e chega, até mesmo, a concluir pela “obsolescência, ainda que parcial, no tema da hierarquia dos tratados internacionais”. Segundo o professor, deve imperar uma visão substancialista dos direitos humanos, e não mais uma formalista ou estrutural. Dessa forma, o princípio *pro persona* se impõe, objetivando a aplicação e concretização da norma que for mais benéfica ao ser humano, independentemente de sua origem, nacional ou internacional, e de sua hierarquia no ordenamento jurídico.

De fato, pelos próprios fundamentos apresentados pelos autores supramencionados, o princípio *pro persona* é o critério que apresenta a melhor solução para as antinomias existentes entre direitos humanos previstos em tratados internacionais e direitos fundamentais previstos no Direito interno de cada Estado. Isso porque estar-se-á privilegiando a norma mais ampla e extensiva, protegendo-se o ser humano na maior medida possível, nos termos do que é reconhecido e previsto pelo próprio Estado, em sua legislação interna ou em tratado que livremente decidiu fazer parte. Entende-se que essa é a interpretação correta a ser feita em matéria de Direitos Humanos e Fundamentais, tendo em vista serem seus objetivos primordiais a defesa dos indivíduos.

Porém, o critério da norma mais benéfica ao ser humano é adequado para os aparentes conflitos que envolvem tratados internacionais de direitos humanos em que há declarações de direitos, os quais o Estado deve respeitar e concretizar, a depender da natureza dos direitos humanos previstos. Já no caso do Estatuto de Roma, em que a relação é entre um indivíduo e um Tribunal Internacional, e não com um Estado, esse critério pode gerar inconvenientes.

Isso porque, nesse caso, a norma mais benéfica irá ser aplicada ao indivíduo que é acusado pelo Tribunal Penal Internacional. Dessa forma, iria se permitir que dispositivos do Estatuto de Roma fossem afastados para beneficiar o réu. Dessa forma, como reconhece Marina Faraco Lacerda Gama¹⁰³, “por exemplo, no conflito entre o Artigo 5º, XLVII, ‘b’, da Constituição, que proíbe a prisão perpétua, a o Artigo 77, 1, ‘b’ do Estatuto de Roma, que

conflitos normativos: a solução de antinomias sob a racionalidade dualista. In: GUIMARÃES, Antônio Marcio da Cunha; MARQUES, Miguel Ângelo (Coord.). DIGE: Direito Internacional e Globalização Econômica. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. Pág. 67).

¹⁰² CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **A obsolescência da perspectiva da hierarquia dos tratados internacionais para a coordenação entre o direito doméstico e o direito internacional em matéria de direitos humanos.** In: CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; FIGUEIREDO, Marcelo (Coords.). 30 Anos da Constituição – múltiplos olhares sobre as suas promessas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. Págs. 435 a 456.

¹⁰³ FARACO, Marina. **Pluralismos jurídicos e conflitos normativos: a solução de antinomias sob a racionalidade dualista.** In: GUIMARÃES, Antônio Marcio da Cunha; MARQUES, Miguel Ângelo (Coord.). DIGE: Direito Internacional e Globalização Econômica. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. Pág. 70.

possibilita a sua aplicação, prevalece a norma constitucional brasileira, que é mais benéfica.”

Portanto, utilizar o princípio *pro persona* no caso específico do Estatuto de Roma acaba por permitir que normas do tratado não sejam cumpridas por direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico interno de cada Estado-parte, o que pode descaracterizar o tratado e, ao final, até mesmo prejudicar sua razão de ser e de existir na ordem internacional. Se, de um lado, no caso brasileiro, por exemplo, estaria sendo afastada a prisão perpétua, por outro, a depender da legislação interna de determinado país, numa hipótese mais grave, poderia haver a impossibilidade de o TPI julgar determinada pessoa.

Pelo exposto, percebe-se certa fragilidade das interpretações que, simplesmente, negam as incompatibilidades entre a Constituição Federal e o Estatuto de Roma, bem como que adotam o princípio *pro persona*, pela impossibilidade de se adotar os critérios clássicos para solução de antinomias, em face do Estatuto de Roma possuir hierarquia materialmente constitucional.

Por estes motivos, como o ordenamento jurídico não pode tolerar antinomias, sob pena de produzir incertezas e macular a segurança jurídica que se espera do respectivo sistema, entende-se necessário buscar outro critério para tentar eliminar essas incompatibilidades, o que será demonstrado no próximo tópico.

4.3 A supraconstitucionalidade do Estatuto de Roma como solução definitiva

Para solucionar as aparentes antinomias jurídicas existentes entre a Constituição Federal e o Estatuto de Roma, defende-se que referido tratado internacional deva ser interpretado como norma de hierarquia supraconstitucional.

Realmente, a Constituição Federal, em seu texto originário, prevê que “O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos.” (Artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias). Além disso, o Poder Constituinte Derivado Reformador, por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, acrescentou o parágrafo 4º ao artigo 5º da Constituição Federal para estabelecer que “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.” Importante ressaltar que, como se verifica dos anos de publicação das normas, tal previsão foi incluída no texto constitucional após o Estatuto de Roma já ter sido incorporado ao ordenamento jurídico

brasileiro pelo Decreto nº 4.388/2002.

Portanto, considerando-se que os tratados internacionais de direitos humanos possuem hierarquia constitucional¹⁰⁴, defende-se que a Constituição Federal abriu exceção para que o Estatuto de Roma tenha hierarquia supraconstitucional, tendo por base uma leitura global e sistemática do próprio texto constitucional, mais especificamente os dispositivos acima indicados.

Dessa forma, será possível afastar eventual norma conflitante com o tratado por meio do critério hierárquico, uma vez que só assim haverá completa e correta submissão do país à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, nos termos do que determina a própria Constituição. Nesse sentido, inclusive, o artigo 120 do Estatuto de Roma estabelece que “Não são admitidas reservas a este Estatuto. ”, impedindo que os Estados que façam parte do tratado não respeitem eventual regra nele prevista.

Essa conclusão, também, está em consonância com o artigo 4º, inciso II, da Constituição Federal, pois só é possível se admitir que o Brasil observa o princípio da prevalência dos direitos humanos em suas relações internacionais cumprindo integralmente tratado internacional de direitos humanos do qual faz parte com diversos outros países, principalmente um tão relevante globalmente como o Estatuto de Roma, que visa a punir os crimes mais graves registrados na história da humanidade.

Outrossim, o posicionamento aqui defendido respeita os artigos 26 e 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (Decreto nº 7.030/2009), os quais dispõem que, quando um Estado se obriga perante outros por meio de um tratado, deve cumpri-lo de boa-fé (*pacta sunt servanda*), não podendo utilizar o direito doméstico como justificativa para inadimplir suas obrigações livremente assumidas.

Por fim, lembre-se que, antes de 1977, o Supremo Tribunal Federal possuía jurisprudência no sentido da supraconstitucionalidade dos tratados internacionais. Assim, nada impede que, no futuro, a Suprema Corte reveja e retome seu posicionamento, especialmente em relação ao Estatuto de Roma, conforme os fundamentos aqui defendidos, aderindo até mesmo às ideias do já estudado Constitucionalismo Global.

Dessa forma, conclui-se que a hierarquia supraconstitucional do Estatuto de Roma é a

¹⁰⁴ Nos termos da doutrina majoritária e de possível revisão do Supremo Tribunal Federal de sua jurisprudência sobre o assunto, superando o caráter supralegal dos tratados internacionais sobre direitos humanos para se adotar o constitucional, conforme já estudado neste trabalho.

forma pela qual é possível solucionar as antinomias jurídicas existentes entre a Constituição Federal e tal tratado, uma vez que sempre prevalecerá a norma com *status* superior, por expressa excepcionalidade criada pela própria Constituição Federal.

5 CONCLUSÃO

A problemática enfrentada no presente trabalho decorreu da necessidade de harmonizar as disposições do Estatuto de Roma, integrado ao ordenamento jurídico brasileiro, com a Constituição Federal, em face dos conflitos aparentes existentes entre suas previsões normativas, que foram identificados em capítulo próprio.

O Estatuto possui natureza jurídica de tratado internacional de direitos humanos, tendo em vista os princípios que regem o Tribunal Penal Internacional e, principalmente, o objetivo de tal convenção de proteger e resguardar a sociedade internacional dos crimes mais graves já vivenciados e documentados pela humanidade ao longo de toda sua história.

Além disso, referido tratado internacional foi incorporado ao ordenamento jurídico de forma tradicional, com base nos artigos 49, inciso I, e 84, inciso VIII, da Constituição Federal, e, por este motivo, não foi recepcionado com *status* de Emenda Constitucional, por não ter observado o procedimento estabelecido no parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Até porque o Estatuto de Roma foi aprovado em 2002, antes do referido acréscimo no texto constitucional.

Tanto assim, que o Estatuto de Roma, de acordo com a jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal, possui hierarquia supralegal, muito embora o posicionamento da doutrina majoritária seja no sentido de que o Estatuto de Roma é, na realidade, materialmente constitucional, tendo em vista seu conteúdo de direitos humanos.

Apesar do referido entendimento da Suprema Corte, identificou-se recente julgado de relatoria do Ministro Edson Fachin, adotando a posição da doutrina majoritária, o que evidencia uma possível mudança de entendimento da atual composição da Corte, para reconhecer o caráter materialmente constitucional de tratados internacionais de direitos humanos.

Daí decorreu a preocupação deste trabalho, no sentido de buscar critérios adequados para solucionar as incompatibilidades existentes entre alguns dispositivos do Estatuto de Roma com a Constituição Federal, considerando que o Supremo Tribunal Federal, ainda, não teve a oportunidade de decidir sobre o assunto, sendo que a doutrina não é uníssona ao apontar possíveis saídas para os conflitos identificados.

Nesse contexto, considerou-se que as interpretações dadas pela doutrina como solução são passíveis de serem contraditadas, pois alicerçadas em argumentos questionáveis, uma vez

que alguns defendem simplesmente que não existem antinomias e outros preferem utilizar o critério da norma mais benéfica ao ser humano (princípio *pro persona*), o que nem sempre mostra-se como solução adequada.

Dessa forma, apesar de se filiar à corrente que considera que os tratados internacionais sobre direitos humanos possuem hierarquia constitucional, a posição conclusiva deste trabalho foi no sentido de que, no caso específico do Estatuto de Roma, a própria Constituição Federal excepcionou sua posição dentro da hierarquia normativa, considerando-o com *status* supraconstitucional, com base nos artigos 4º, inciso II, e 5º, parágrafo 4º, da Constituição Federal. Por conseguinte, foi defendido que o critério hierárquico é o que deve ser utilizado para solucionar as antinomias jurídicas existentes entre referidos textos normativos, tendo por fundamento a natureza supraconstitucional do Estatuto de Roma.

Evidentemente, não se pretende dar a palavra final sobre a problemática aqui estudada. Trata-se de mera sugestão que se entende ser plenamente defensável a luz do ordenamento jurídico vigente, até que o assunto seja submetido à análise do Supremo Tribunal Federal, o qual, indubitavelmente, indicará o melhor caminho para se dar efetividade plena aos direitos humanos e aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e no Estatuto de Roma, de forma a manter a indispensável harmonia do sistema jurídico pátrio, em respeito ao princípio da segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.
- BUENO, Luciana de Oliveira. **Tribunal Penal Internacional e o direito interno brasileiro**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2012.
- CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **A obsolescência da perspectiva da hierarquia dos tratados internacionais para a coordenação entre o direito doméstico e o direito internacional em matéria de direitos humanos**. In: CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; FIGUEIREDO, Marcelo (Coords.). 30 anos da Constituição – múltiplos olhares sobre as suas promessas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. Págs. 435 a 456.
- FARACO, Marina. **Pluralismos jurídicos e conflitos normativos: a solução de antinomias sob a racionalidade dualista**. In: GUIMARÃES, Antônio Marcio da Cunha; MARQUES, Miguel Ângelo (Coord.). DIGE: Direito Internacional e Globalização Econômica. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. Págs. 61 a 74.
- FARACO, Marina. **Pluralismos jurídicos sob a perspectiva de um Código de Processo Constitucional: a necessária regulamentação processual do controle de convencionalidade das leis no Brasil**. In: FARACO, Marina; TAVARES, André Ramos (Orgs). Um código de processo constitucional para o Brasil. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021. Págs. 337 a 354.
- GUSSOLI, Felipe Klein. **Hierarquia supraconstitucional relativa dos tratados internacionais de direitos humanos**. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 6, nº 3, p. 703-747, set-dez/2019.
- HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de direito internacional público**. 13ª edição. São Paulo: LTr, 2015.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O Tribunal Penal Internacional: integração ao direito brasileiro e sua importância para a justiça penal internacional**. Revista de Informação Legislativa, vol. 41, nº 164, p. 157-178, out-dez/2004.

MOURA, Evânio. **O Tribunal Penal Internacional e o direito interno: a necessária distinção entre extradição e entrega de nacional.** Revista dos Tribunais, vol. 893/2010, p. 437-453, mar/2010.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional.** 3ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PEREIRA, Juliana Ervilha Teixeira. **O Tribunal Penal Internacional: breve análise legislativa.** Revista Científica Doctum Direito, vol. 1, nº 1, 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 14ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013.

PRIZON, Leisa Boreli. **Tribunal Penal Internacional: prevalência dos direitos humanos e o aparente conflito com a Constituição Federal brasileira.** 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

ROSA, André Luís Cateli. **Tratados internacionais: a ordem jurídica brasileira.** São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

SILVA, Gideon Windsor Bush Miranda da. **Tribunal Penal Internacional e flexibilização das cláusulas pétreas.** 2014. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Universidade da Amazônia, Belém (PA), 2014.

SILVA, Paula da Rocha e. **Tribunal Penal Internacional: o conflito entre normas penais insertas na Constituição Federal de 1988 e no Tratado de Roma.** 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.