

Compatibilizando o ordenamento jurídico brasileiro e o Estatuto de Roma à luz do transconstitucionalismo: a questão da prisão perpétua

Compatibilizando el ordenamiento jurídico brasileiro y el Estatuto de Roma a la luz del transconstitucionalismo: la cuestión de la cadena perpetua

Making Compatible the Brazilian Legal Order and the Rome Statute in the Light of the Transconstitutionalism: The Matter of the Life Imprisonment

Francisco Camargo Alves Lopes Filho*

Fecha de recepción: 20 de marzo de 2020

Fecha de aprobación: 17 de agosto de 2020

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.9906>

Para citar este artículo: Lopes Filho, F. C. A. (2020). Compatibilizando o ordenamento jurídico brasileiro e o Estatuto de Roma à luz do transconstitucionalismo: a questão da prisão perpétua. *Anidip*, 8, 1-33. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.9906>

Resumo

Com o presente trabalho, pretende-se estudar a aplicação do transconstitucionalismo aos problemas constitucionais oriundos do contato entre o ordenamento jurídico brasileiro e o Estatuto de Roma. Para isso, indaga-se: o transconstitucionalismo pode oferecer uma resposta capaz de evitar conflitos causados pela presunção de primazia de cada uma das ordens envolvidas aos problemas surgidos nesse relacionamento? À luz da proposta de razão transversal formulada pelo transconstitucionalismo, visualiza-se que, compreendidas, por cada sistema, as bases que levaram a adoção de determinadas disposições supostamente contrárias às suas,

* Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (PPGD/UFRN); Especialista em Prática Judicial pelo PPGD/UFRN. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5158771181145477>. E-mail: camargoa@live.com. orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0931-3401>

haverá um novo entendimento nesse difícil relacionamento, especialmente a partir do reconhecimento de um sistema jurídico multicêntrico cujas cortes se relacionam sob a ótica de uma racionalidade transversal. Para tanto, partir-se-á da análise da teoria do transconstitucionalismo de Marcelo Neves, evidenciando-se, especialmente, a relação entre direito estatal e direito internacional, seguindo-se ao estudo da relação entre tais ordens na perspectiva tradicional para, em seguida, analisar temas relacionados aos fundamentos e particularidades do direito penal internacional.

Palavras-chave: Brasil; Estatuto de Roma; Tribunal Penal Internacional; transconstitucionalismo; prisão perpétua.

Abstract

This paper intends to study the application of the transconstitutionalism to constitutional issues arising from the relationship between the Brazilian legal order and the Rome Statute. For this, it is asked: is the transconstitutionalism able to offer an answer capable of avoiding conflicts caused by the primacy's presumption of each orders involved in the problems arising in this relation? In the light of the proposal transversal rationality formulated by the transconstitutionalism, it is seen that, understood by each system the bases that led to the adoption of certain provisions supposedly contrary to theirs, there will be a new understanding in this difficult relationship, especially from the recognition of a multicentric legal system whose courts are connected in the resolution of certain common issues. For that, the paper will begin from the analysis of Marcelo Neves' theory of transconstitutionalism, highlighting, especially, the relationship between state law and international law, following to the study of the relationship between such orders in the traditional perspective and of subjects related to the fundamentals and particularities of international criminal law. Finally, the matter of the life imprisonment will be analysed in the light of the transconstitutionalism.

Keywords: Brazil; Rome Statute; International Criminal Court; transconstitucionalismo; life imprisonment.

Resumen

Con el presente trabajo, se pretende estudiar la aplicación del transconstitucionalismo a los problemas constitucionales oriundos del contacto entre el ordenamiento jurídico brasileiro y el Estatuto de Roma. Para esto, se indaga: ¿el transconstitucionalismo puede ofrecer una respuesta capaz de evitar conflictos causados por la presunción de primacía de cada una de las órdenes inmersas en los problemas surgidos en esa relación? A la luz de la propuesta de razón transversal formulada por el trans-

constitucionalismo, se visualiza que, comprendidas por cada sistema las bases que llevaron a la adopción de determinadas disposiciones supuestamente contrarias a las suyas, habrá un nuevo entendimiento en esa difícil relación, en especial a partir del reconocimiento de un sistema jurídico multicéntrico cuyas cortes se relacionan bajo la óptica de una racionalidad transversal. Para eso, se partirá del análisis de la teoría del transconstitucionalismo de Marcelo Neves, evidenciándose, específicamente, la relación entre derecho estatal y derecho internacional, siguiendo al estudio de la relación entre tales órdenes en la perspectiva tradicional para, en seguida, analizar temas relacionados con los fundamentos y particularidades del derecho penal internacional.

Palabras clave: Brasil; Estatuto de Roma; Tribunal Penal Internacional; transconstitucionalismo; cadena perpetua.

Introdução

A relação entre o direito internacional e o direito estatal é um dos temas que sempre gerou largas discussões no âmbito doutrinário. De certo modo, as doutrinas clássicas do monismo e do dualismo, ainda que com suas variações, não conseguem oferecer respostas precisas à complexidade da interdependência que existe na atualidade.

As mencionadas doutrinas clássicas foram elaboradas num cenário em que ainda não se vislumbrava o processo de proliferações de tribunais internacionais, bem como numa sociedade marcada pelo estatalismo. Com efeito, o mundo mudou, o direito internacional alcançou novos patamares, notadamente em matérias que anteriormente eram de competência exclusiva dos Estados, e, não só em decorrência disso, é preciso rediscutir a relação entre o direito internacional e o estatal, dessa vez afastando-se das concepções clássicas e aderindo a novas teorias.

Nesse cenário, o presente escrito busca compreender como se dá a relação entre o direito penal internacional e o direito estatal, notadamente no que concerne a interconexão entre o Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, e o ordenamento jurídico brasileiro. Com efeito, buscar-se-á responder a seguinte indagação: partindo da premissa de que o Brasil, em suas tentativas de harmonizar a relação entre o seu ordenamento jurídico e o Estatuto de Roma, ainda se pauta nas superadas concepções clássicas de monismo/dualismo, é possível defender que a relação entre o direito penal internacional e o direito brasileiro deve pautar-se no transconstitucionalismo?

Para responder à presente problemática é preciso, inicialmente, compreender os principais aspectos do pensamento de Marcelo Neves, relativo ao transconstitucionalismo, notadamente no que concerne às formas de acoplamento entre direito

estatal e direito internacional. Descritos os pontos essenciais da citada doutrina, passa-se a uma análise da relação dualista entre o Estatuto de Roma e o direito brasileiro. Nesse momento, serão trazidas algumas questões já debatidas pela doutrina, como os fundamentos do direito penal internacional, a incorporação, hierarquia e impacto do Estatuto de Roma na ordem jurídica nacional e os possíveis problemas surgidos de tal relacionamento.

Diante da descrição do panorama brasileiro acerca da relação em estudo e da constatação que nossa legislação, jurisprudência e até mesmo parte da doutrina ainda insistem em apreciar o tema com base em pensamentos clássicos, do início do século xx, será proposta uma visão transconstitucional da relação entre o direito penal internacional e o direito brasileiro.

Sem embargo, será demonstrado que a adoção da teoria transconstitucional de Marcelo Neves pode impactar diretamente em como o Estado brasileiro concebe a relação em estudo, principalmente no que concerne a questões como adoção do pensamento heterárquico e de construção da interconexão entre a jurisdição penal internacional e a brasileira através do diálogo.

Por fim, espera-se que o presente escrito, ainda que modesto, possa contribuir com os avanços já percebidos com relação ao tema no direito brasileiro.

1. O transconstitucionalismo e a relação entre direito internacional e direito interno

Monismo e dualismo completam, nesta década, 100 anos de existência. Desde então, o plano de fundo do direito internacional e de sua interação com o direito estatal sofreu diversas alterações e conheceu novos rumos, adequando-se aos novos contextos do direito. Dessa forma, verifica-se que, se no passado o embate se restringia à compreensão das ordens internacional e estatal como ordenamentos distintos ou reunidos em um direito uno, a questão que se pôs há algum tempo —com um campo teórico ainda muito intenso, naturalmente— é a posição dos tratados internacionais dentro da estrutura normativa de cada Estado, como consequência do reconhecimento (ou não) da primazia do direito internacional pelo direito doméstico positivo (Magalhães, 2015).

Tal superação se revela ainda mais urgente quando se constata, na prática, a inexistência de modelos puros —seja para um lado (monismo) ou para o outro (dualismo)—, mas, sim, conjunturas que “tendem a” um viés ou “favorecem certa prevalência” de outro, não sendo, nenhum deles, absolutamente monista ou dualista (Acosta Alvarado, 2016a).

Todavia, atualmente, observa-se o desenvolvimento de diversas teorias que rejeitam o paradigma hierárquico clássico, ou seja, aquele que aponta a prévia existência de uma ou de outra ordem jurídica com primazia sobre as demais em caso de conflito. Tais formulações teóricas se aproximam de uma perspectiva heterárquica, advogando pela necessidade de caso a caso, identificar qual norma será prevalecente na hipótese de ocorrência de antinomia.

Dentre as diversas teorias que adotam o paradigma heterárquico, como é o caso do Estado Constitucional Cooperativo, da Interconstitucionalidade, do Constitucionalismo Multinível, dentre outros, aparece o Transconstitucionalismo, proposto por Marcelo Neves para a resolução de problemas envolvendo a pluralidade de ordens jurídicas do mundo contemporâneo.

1.1. Aspectos gerais do transconstitucionalismo

O surgimento de problemas envolvendo a temática dos direitos humanos e dos direitos fundamentais que escapam à circunscrição territorial ao qual o Estado exerce seu poder e atinge diversas ordens jurídicas (internacionais, supranacionais,¹ transnacionais,² estatais e até locais) aponta para a necessidade de uma reformulação do conceito clássico de constitucionalismo na resolução de tais problemas, que não podem mais permanecer limitados ao âmbito estatal (Silva & Silva, 2017). Dessa forma, a problemática cuja resolução é buscada pelo transconstitucionalismo envolve o delineamento das formas de relação entre as diversas ordens jurídicas, isso é, as ordens parciais que operam “dentro de um mesmo sistema funcional da sociedade mundial moderna, o direito” sujeitas ao mesmo código binário relativo à licitude (lícito/ilícito) (Neves, 2009, p. 115).

Assim, o transconstitucionalismo parte da constatação de que o Estado perdeu o monopólio da resolução dos problemas constitucionais (direitos fundamentais e separação de poderes), que passaram a ser tutelados também por ordens jurídicas de outras naturezas, ainda que seja de fundamental importância e indispensável a participação estatal nesse processo. Essa nova proposta implica o reconhecimento de que a pluralidade de ordens jurídicas deve ser analisada numa ótica transversal de articulação para a solução dos problemas constitucionais que surgem (relativos a direitos fundamentais e organização do poder) (Neves, 2014a).

1 Para Marcelo Neves (2009), supranacionalidade seria o conceito relacionado a uma “organização fundada em tratado que atribui, para os seus próprios órgãos, competências de natureza legislativa, administrativa e jurisdicional abrangente no âmbito pessoal, material, territorial e temporal de validade com fora vinculante direta para os cidadãos e órgãos dos Estados-membros”, apontando que a União Europeia é a sua única manifestação.

2 Já as ordens transnacionais seriam aquelas construídas por atores privados ou quase públicos, sendo formas conhecidas a *lex mercatoria*, a *lex digitalis* e a *lex sportiva*.

Tal necessidade decorre da observação de que, na sociedade atual, problemas envolvendo tais temáticas emergem em ambientes alheios à circunscrição territorial sobre os quais o Estado exerce seu poder, atingindo, por consequência, diversas ordens jurídicas (internacionais, supranacionais, transnacionais, estatais e até locais). Isso porque o alto grau de integração da sociedade mundial culminou por fomentar um cenário no qual tais problemas (direitos fundamentais e controle do poder), em virtude de sua relevância, passaram a ser, inevitavelmente, tratados não apenas “por uma única ordem jurídica estatal no âmbito do respectivo território”, mas, sim, por uma diversidade de ordenamentos —inclusive não estatais—, que são chamados a oferecer respostas a essas problemáticas, exigindo-lhes uma relação transversal permanente (Neves, 2014b, p. 206).

Sua proposta se ampara eminentemente na adoção de uma racionalidade transversal entre as ordens envolvidas, a qual pode ser definida como o uso de mecanismos estruturais que “possibilitam o intercâmbio construtivo de experiências entre racionalidades parciais diversas, que, conforme o tipo e a singularidade dos respectivos sistemas ou discursos e de acordo com suas relações específicas, variará intensamente na forma e no conteúdo” (Neves, 2009, p. 38). Evita-se, assim, a ocorrência de dois fenômenos indesejáveis sob a ótica transconstitucional: o isolamento das ordens estatais em torno de sua soberania (atomização) e a expansão imperialista de um constitucionalismo de abrangência global indiferente às peculiaridades locais e regionais ou pouco compreensível quanto aos seus próprios limites (Carvalho, 2017).

Essa busca por soluções legais para problemas constitucionais surgidos no seio do relacionamento de ordens jurídicas diversas, contudo, desenvolve-se sem que seja exigida a criação de novas Constituições formais (ou nominais) (Neves, 2014b), tampouco se restringe ao fenômeno do diálogo entre cortes (ainda que essa modalidade seja a mais comum manifestação do transconstitucionalismo), tendo em vista que, não raras vezes, os problemas transconstitucionais são enfrentados em ambientes alheios aos tribunais, atingindo órgãos administrativos, legislativos e, também, organismos internacionais,³ supranacionais não judiciais e atores privados ou tribais (Neves, 2014a).

Dessa maneira, observa-se que a corrente transconstitucional parte não de uma perspectiva hierárquica de relacionamento entre as ordens jurídicas envolvidas no problema constitucional posto (na medida em que nega a existência a prévia

3 É o caso, por exemplo, de um problema constitucional envolvendo as disposições do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, que exige a participação do Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, órgão que não possui natureza jurisdicional.

indicação de um ordenamento jurídico capaz de dar a palavra final sobre determinado assunto), mas, sim, de um necessário diálogo transversal entre as inúmeras ordens existentes e implicadas naquele problema em concreto.⁴

O problema de abordagem envolvendo o transconstitucionalismo reside na posição conferida à espontaneidade dos Estados em adotar uma postura de diálogo transversal com as diversas ordens jurídicas, sem o qual a consideração da posição alheia não pode prosperar (Carvalho, 2017), já que não há, no pensamento de Marcelo Neves, a proposta de criação de uma nova instância de julgamento desses problemas, o que violaria, inclusive, a noção de heterarquia. As diferenças, nesses casos, ensejam uma postura a ser adotada pelos vários atores do cenário jurídico mundial consistente na observação dos outros sistemas em busca de compreender seus limites e possibilidades e, assim, contribuir para a resolução do problema posto (Meneses do Vale, 2015).

Apesar das críticas feitas ao transconstitucionalismo de que ele não propõe ferramentas concretas para resolver os problemas decorrentes da interação entre os ordenamentos jurídicos (Acosta Alvarado, 2016b), o mérito do transconstitucionalismo reside na formulação de uma abordagem descritiva no que diz respeito ao reconhecimento de que os problemas constitucionais agora tocam diversas ordens e de uma proposta prescritiva quanto à racionalidade argumentativa (transversal) necessária para a resolução de eventuais incompatibilidades.

A inovação e a sofisticação do transconstitucionalismo reside não na propositura de ferramentas concretas para o desenvolvimento das relações entre as ordens jurídicas, dado que elas já existem (como o controle de convencionalidade, consultas, etc.). A necessidade atual é, pois, da proposta de uma racionalidade apropriada à resolução de problemas constitucionais que, no âmbito jurídico, culmina com um imperativo de adequação do discurso jurídico a essa realidade multicêntrica do sistema jurídico.

A propósito, merece pôr em evidência o fato de que eventual existência de um maior ou menor potencial para se apresentar como doador ou receptor no plano do diálogo constitucional não se qualifica como negação do transconstitucionalismo, diante do fato de que cada tribunal ou órgão integrante de um determinado sistema tem aptidão para atuar, em cada caso, mais ou menos como receptor ou doador; o que anula o diálogo é a imposição de um modelo em detrimento do desenvolvimento de outras ordens (Neves, 2009). Assim, conforme observou Meneses do

⁴ O transconstitucionalismo, contudo, não se limita ao diálogo entre duas ordens jurídicas distintas, mas, na verdade, pode envolver relações triangulares e múltiplas, inclusive, em torno de um mesmo problema constitucional (Neves, 2014a).

Vale (2015), o método do transconstitucionalismo, baseado numa recíproca estimulação de diferentes ordens objetivando a autotransformação, é capaz de fazê-las se tornarem mais e mais abertas ao diálogo constitucional.

Dentre o amplo leque de possíveis relacionamentos entre ordens jurídicas capazes de suscitar uma análise à luz do transconstitucionalismo, encontra-se o acoplamento entre a ordem jurídica internacional e a estatal, única a ser desenvolvida no presente trabalho considerando seu problema de estudo (a relação entre o ordenamento estatal brasileiro e o direito internacional penal do Tribunal Penal Internacional).

1.2. O acoplamento entre a ordem jurídica internacional e a nacional do ponto de vista do transconstitucionalismo

No contexto de relacionamento entre o direito internacional e o direito estatal, o surgimento de problemas constitucionais se dá quando mais de um tribunal (ou órgão congênere) reclama para si a competência de resolução do caso, sem que haja, necessariamente, uma norma apta a resolver o conflito positivo de competência ou, existindo tal regramento, não haja consenso em torno dela pelas cortes envolvidas (Neves, 2009).

Isso porque, nesse tipo de divergência, emergente no contexto de sociedade mundial multicêntrica, o centro de cada sistema jurídico —isso é, seus juízes e tribunais— enxerga o centro das demais ordens como sua periferia, a partir de uma pretensão de autonomia: para os juízes brasileiros, por exemplo, qualquer outro tribunal se qualifica como um ambiente periférico e vice-versa (Neves, 2009).

No âmbito do relacionamento entre normas internacionais e estatais, observa-se o reconhecimento do alcance internacional das normas constitucionais estatais e, ao mesmo tempo em que se visualiza o alcance constitucional das normas de direito internacional, de modo que o dito direito constitucional internacional deve ser compreendido como a “zona de tensão entre o direito estatal e o internacional”, mais precisamente na busca por respostas aos problemas constitucionais que surgem dessa concorrência na sociedade mundial contemporânea (Neves, 2009).

A negação de uma perspectiva hierárquica no relacionamento faz com que tal teoria não acate o uso dos critérios tradicionais de solução de antinomias (*lex posterior derogat legi priori*, *lex specialis derogat legi generali* e *lex superior derogat legi inferiori*) nas situações envolvendo o direito internacional e o estatal, como se, juntas, as normas internacionais e nacionais compusessem uma mesma ordem jurídica estruturada em bases hierárquicas que, quando conflitantes, reclamam do único órgão dotado de competência para apreciar o conflito à aplicação das fórmulas clássicas.

E a razão da não incidência dessas regras se encontra no próprio enunciado: tais fórmulas se aplicam aos conflitos envolvendo questões contidas num mesmo sistema legal ou, excepcionalmente, quando admitida a existência de uma ordem superior aos sistemas dos problemas conflitantes capaz de dirimir, por força da hierarquia, a controvérsia (Michaels, 2019).

Destarte, uma teoria pautada no reconhecimento de um sistema jurídico multi-cêntrico e vocacionada à superação do modelo hierárquico de relação entre ordens jurídicas como é o caso do transconstitucionalismo não incorpora em sua matriz teórica a possibilidade de aplicação dos critérios tradicionais de solução de antinomias normativas, diante da impossibilidade de reconhecer superioridade a uma delas. No caso do transconstitucionalismo aplicado ao relacionamento entre ordens estatal e internacional, a questão relevante repousa na disposição de aprendizado pelas duas partes envolvidas a ser concretizada pela “formação de uma rede transversal construtiva”, de modo a se rejeitar qualquer pretensão internacionalismo ou nacionalista (Neves, 2009, p. 149).

No âmbito do relacionamento entre direito internacional e direito estatal, Marcelo Neves não adere à ideia de um diálogo dito vertical,⁵ termo que poderia ensejar o reconhecimento de uma situação de hierarquia, preferindo falar que, nesses casos, há um entrelaçamento de ordens de diferentes tipos (Neves, 2009).

Dessa forma, não haveria um comprometimento com a padronização dos entendimentos, como pretende o *convergence model*, pelo qual os tribunais nacionais são visualizados como *loci* nos quais o direito internacional será implementado, mas, sim, o imperativo de um *engagement model*, segundo o qual as fontes externas (notadamente as jurisdicionais) desempenham o papel de interlocutor na construção da decisão nacional, por meio do oferecimento de maneiras de expor e testar as possibilidades de certo entendimento a partir do exame realizado por outros órgãos (Jackson, 2005).⁶

Assim, exige-se de ambas as ordens envolvidas —nacional e internacional— uma disposição progressiva rumo a um aprendizado e intercâmbio mútuos entre suas experiências, não no sentido de alcance de um meio-termo ou de um consenso

5 Aqui, Marcelo Neves se refere à classificação elaborada por Anne-Marie Slaughter (1994) acerca da comunicação transjudicial, a qual utiliza o critério da posição dos tribunais envolvidos: na comunicação horizontal, os tribunais envolvidos possuem o mesmo *status*, seja nacional ou supranacional, enquanto que a comunicação vertical se desenvolve entre um tribunal nacional e um outro supranacional.

6 Resumidamente, a classificação de Vicki C. Jackson (2005) quanto às relações entre constituições domésticas e as fontes do direito transnacional podem assumir três formas: um modelo de convergência, pelo qual há uma tentativa de convergir com o direito das outras nações; uma atitude de resistência, isso é, resistindo às influências externas; e, finalmente, um modelo de engajamento, que permite ser informado, embora não controlado, pelas considerações de outros sistemas legais e pelas questões por eles postas no momento de interpretação da própria constituição.

estático, mas objetivando a absorção das racionalidades específicas dessas duas perspectivas (Neves, 2009). Isso porque “sabe-se que a ocorrência de conflitos e colisões entre as diferentes ordens jurídicas são inevitáveis, e por vezes, guiadas pela ‘pretensão imperial’ de determinadas ‘formas de direito’ que buscam se expandir e se apropriar das demais formas jurídicas”, notadamente as mais frágeis (Elmauer, 2017, p. 107).

Nesse contexto, o transconstitucionalismo apresenta novas formas de enxergar o difícil relacionamento entre direito internacional e direito estatal a partir não mais de uma perspectiva hierárquica, mas partindo do reconhecimento de múltiplos centros de juridicidade que, a seu modo, contribuem para a formulação de respostas aos problemas envolvendo direitos humanos e separação de poderes surgidos da concorrência de regulações jurídicas para determinado fenômeno.

Concretamente, Marcelo Neves aponta como exemplo de transconstitucionalismo entre o direito internacional e o direito estatal brasileiro o julgamento dos RE 466.343/SP, RE 349.703/RS e HC 87.585/TO, no quais o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar acerca da alegada incompatibilidade entre o art. 7º(7) da Convenção Americana de Direitos Humanos e o art. 5º, LXVII da Constituição Federal. Sobre o caso —no qual o julgamento do Tribunal foi pelo *status* supralegal da norma convencional, o que culminaria com eficácia paralitante da legislação legal sem alteração formal da Constituição— o autor comenta que, não obstante a adoção de uma solução restritiva em relação ao nível de validade interna da CADH, ainda assim a conclusão é positiva, tendo em vista que “parece claro ter sido colocado no primeiro plano o esforço com vista à formação de uma racionalidade transversal, que se mostre suportável para ambas as ordens jurídicas envolvidas” (Neves, 2009, p. 146).⁷

No caso do acoplamento entre o direito internacional penal e o direito estatal, os problemas constitucionais daí decorrentes envolvem não só questões relacionadas ao exercício de sua jurisdição numa suposta concorrência com os tribunais estatais —matéria vinculada, pois, à separação de poderes—, mas engloba, também, pontos sensíveis aos direitos humanos/fundamentais, considerando que, lidando

7 Aqui, merece ser registrada a discordância do autor do presente escrito com a posição de Marcelo Neves. A razão da divergência repousa no fato de que a decisão do Supremo Tribunal Federal não parece ter adotado uma racionalidade transversal no escopo de compatibilizar os dois ornamentos. Na verdade, parece mais ter havido a adoção pontual da tese de supralegalidade das normas convencionais para justificar, no caso, a prevalência, em termos práticos (hoje, a jurisprudência somente admite a prisão civil do dever de alimentos) da Convenção. Não houve a construção da identidade do dispositivo constitucional brasileiro a partir da observância de seus limites e possibilidades evidenciados pela identidade do comando convencional, como exige a racionalidade transversal. Em termos teóricos, prevaleceu a Constituição, que, conforme consta no acórdão, continua a gozar de primazia sobre o direito internacional.

com preceitos de direito penal internacional, sua atividade toca questões como possibilidade de prisão perpétua, admissão de extradição (caso a entrega seja a ela igualada), punição por crime previsto em tratado internacional, dentre outros.

2. A relação (ainda) “dualista” entre o Estatuto de Roma e o direito brasileiro

No contexto de busca pela paz e proteção dos direitos humanos, surge o Tribunal Penal Internacional como primeira Corte Criminal Internacional permanente, situado na Haia, nos Países Baixos, a partir do Estatuto de Roma, de 17 de julho de 1998, tendo entrado em vigor, nos termos do art. 126 do Estatuto, em 1º de julho de 2002, “primeiro dia do mês seguinte ao termo de um período de 60 dias após a data do depósito do sexagésimo instrumento de ratificação”. A 60ª ratificação foi feita simultaneamente por 10 (dez) países em 11 de abril de 2002.⁸

A concepção de um tribunal de competência penal de jurisdição extraestatal não decorre do Estatuto de Roma. Na verdade, a criação de uma corte penal permanente surge a partir da lacuna institucional sentida pelas Nações Unidas após as experiências, dentre outras, do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia e do Tribunal Penal Internacional para a Ruanda, ambos com natureza de tribunais *ad hoc*.

Contudo, tais tribunais, pela sua própria estrutura e concepção, não se amoldavam ao ideal de uma jurisdição penal internacional universal,⁹ razão pela qual suas experiências, ainda que pioneiras, necessitavam de forte aprimoramento antes do estabelecimento de um verdadeiro direito internacional penal (Thevenard & Obregón, 2019).

Ainda que se admita, segundo a visão de alguns doutrinadores, o papel do Tribunal Militar Internacional, por exemplo, como um estágio anterior à criação de um tribunal penal internacional de vocação universal, deve-se reconhecer que o Tribunal de Nuremberg, enquanto corte de exceção, agia como jurisdição instalada pelos vencedores do conflito bélico que o antecedeu e por essas potências

8 Segundo consta no site oficial da Assembleia dos Estados Partes do Tribunal Penal Internacional, ratificaram o Estatuto de Roma em 11 de abril de 2002: República Democrática do Congo, Níger, Camboja, Jordânia, Mongólia, Bósnia e Herzegovina, Bulgária, Romênia, Eslováquia e Irlanda. Disponível em: https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/states%20parties%20_%20chronological%20list.aspx. Acesso em 17 set 2019.

9 “El hecho de que el ECPI sea un acto legislativo de los Estados parte y no de la Comunidad Internacional como entidad independiente no significa que tanto el propio ECPI, como la CPI, no tengan una auténtica vocación universal y que con el paso del tiempo no puedan transformarse, respectivamente, en un verdadero acto legislativo, y órgano jurisdiccional, de dicha Comunidad Internacional. En este sentido, existen varios elementos tanto en el propio ECPI, como en su proceso de creación, que dan muestras inequívocas de esta vocación universal” (Olasolo et al., 2018).

era controlado, conforme consta no Tratado de Versalhes (que pretendia, dentre outras coisas, julgar o kaiser Guilherme II da Alemanha, o que não ocorreu em virtude da recusa dos Países Baixos em entregá-lo). Além do “receio político”, a resistência quanto à criação de uma jurisdição penal internacional também partia da concepção histórica de que as instâncias internacionais deveriam cuidar do julgamento de Estados, e não de indivíduos.

A ampliação do processo de responsabilidade penal internacional do indivíduo (iniciada com os julgamentos no período imediatamente posterior à Segunda Guerra Mundial) passa pela instituição do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, que, diferentemente da experiência de Nuremberg, não se limitou à investigação dos oficiais da alta patente militar, mas cuidou, também, de investigar militares de baixo e médio escalão (Manguel, 2018).

Antes de seu efetivo estabelecimento, cogitaram-se três formas para a criação de um tribunal penal internacional: reforma na Carta das Nações Unidas para a inserção de um órgão principal de responsabilização individual; resolução do Conselho de Segurança ou da Assembleia Geral da ONU; e, finalmente, tratado multilateral, opção que acabou prevalecendo em virtude da prevalência de um órgão jurídico e imparcial, mas que trouxe consigo uma debilidade em seu funcionamento: o sistema de cooperação estatal (tema que será discutido posteriormente) (Olasolo et al., 2018).

Dessa forma, o Estatuto do Tribunal surge a partir da manifestação favorável de 120 países pela sua criação. Não obstante sua aprovação, as reuniões de discussão em torno do projeto de criação de um tribunal criminal internacional permanente como o TPI encontraram resistências em países contrários à sua criação, que exigiram uma série de ressalvas, de maneira a restringir a atuação do órgão contra seus nacionais, como é o caso dos Estados Unidos, que até hoje não ratificou o Estatuto de Roma.

Seu diferencial, intimamente atrelado às garantias fundamentais de natureza processual penal, é o respeito, advindo de seu atributo de permanência, à anterioridade da lei penal (Arruda & Mendes, 2016) —o Tribunal tem competências para crimes praticados anterior à entrada em vigor de seu Estatuto e que estejam nele definidos (competência material ou *ratione materiae*)— e de julgamento por um juiz natural —a autoridade judicial é estabelecida antes do cometimento do ilícito, e não depois (Delmas-Marty, 2017)—. Essa inovação do Estatuto de Roma, diferentemente dos Estatutos de tribunais penais internacionais anteriores, prevê um conjunto de princípios e regras de direito penal internacional (material e processual).

Houve, pois, uma tentativa de blindar o Tribunal de qualquer interferência política, objetivo que, embora não alcançado plenamente, conseguiu ser suavizado, de modo que o TPI, não obstante a relação que possui com a Organização das Nações Unidas (especialmente as faculdades do seu Conselho de Segurança previstas no Estatuto de Roma), não pretende ser um de seus órgãos, possuindo, dessa forma, personalidade jurídica própria. Assim, o Tribunal não possui vinculação com nenhum outro órgão da sociedade internacional que não a Assembleia dos Estados Partes, a quem compete a elaboração do Regulamento Processual e o seu financiamento.

Cumpre, desse modo, o TPI, função relevante na defesa dos direitos humanos, considerando que seu escopo principal é o de levar a cabo a persecução penal em face dos “responsáveis por violações graves dos direitos humanos e do Direito Internacional Humanitário [de modo que] sejam julgados e sancionados, prevenindo assim crimes futuros” (Cançado Trindade, 2013, p. 32). Seu grande desafio, contudo, permanece: impor bases sólidas à inauguração de um novo marco no direito penal internacional, o que somente poderá ser feito com a cooperação dos Estados signatários de seu Estatuto.

2.1. A relação entre o Tribunal Penal Internacional e os Estados membros no Estatuto de Roma

A construção do direito penal Internacional no âmbito do TPI tem se revelado como arrimada em dois princípios previstos no Estatuto de Roma que estabelecem a primazia do julgamento dos crimes de competência do Tribunal pelos Estados e, no caso de acionamento da jurisdição do TPI, garante-lhe os mecanismos necessários ao exercício da função judicante. São eles, respectivamente, os princípios da complementariedade e da cooperação.

Seu ato de criação designa um fundamental vetor na condução de seus trabalhos, o princípio da complementariedade, segundo o qual a competência do Tribunal será exercida de modo complementar à jurisdição dos Estados, que permanecem como detentores da responsabilidade primaz de perseguir criminalmente os responsáveis pelos crimes de lesa-humanidade. Ou seja, a atuação do Tribunal Penal de Haia somente deve ser iniciada quando atendidas as condições previstas na norma que o instituiu. Trata-se, pois, da superação do artigo 9 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, segundo o qual a jurisdição internacional gozaria de primazia sobre a nacional (Manguel, 2018).

Nesse sentido, vale destacar a previsão contida no Estatuto de Roma segundo a qual o Estado poderá opor-se, perante o Tribunal, à admissibilidade da causa,

tomando, dessa forma, parte no procedimento para alegar que está investigando ou julgando o caso ou que já o fez. Isso porque, seguindo o princípio da complementariedade de jurisdição, insculpido no § 10º de seu preâmbulo¹⁰ e em seu art. 1º,¹¹ o Estatuto de Roma, no art. 17, n. 1,¹² prevê, dentre outras, hipóteses em que o resultado do exame de admissibilidade da causa perante o Tribunal deverá ser negativo em virtude de conflito entre as jurisdições do TPI e do Poder Judiciário do Estado parte ao qual couber a responsabilização pelo crime que se averigua, numa nítida primazia do julgamento perante o órgão jurisdicional nacional em detrimento do Tribunal Penal Internacional.

As hipóteses são as seguintes: a) o Estado investigar o delito no momento do ajuizamento da ação perante o Tribunal (seja em via inquisitorial ou processual); b) o Estado já ter procedido a inquérito e tiver decidido não levar a cabo o processo penal; c) o Estado já ter procedido com o julgamento da causa; d) O caso não for suficientemente grave para justificar a ulterior intervenção do Tribunal.

Destaque-se que, nas três primeiras hipóteses, o próprio Estatuto prevê que o Tribunal, não obstante a constatação das situações elencadas, exercerá seu papel jurisdicional, quando averiguada a omissão proposital ou a incapacidade do Estado em levar a cabo a investigação e conseqüente apuração processual dos crimes previstos em seu art. 5º. É a chamada excepcionalidade das circunstâncias que justificam o “acionamento” da jurisdição complementar do TPI (Cançado Trindade, 2013).

São essas as situações que legitimam juridicamente o exercício da função judicante do Tribunal Penal Internacional, em complementariedade à jurisdição nacional que, por razões distintas, pode ter se revelado negligente com a tarefa de proceder à atividade jurisdicional sobre a apuração do suposto crime cometido, ou, ainda, ter se mostrado incapaz de levar a cabo a persecução criminal. Além

10 “Sublinhando que o Tribunal Penal Internacional, criado pelo presente Estatuto, será complementar às jurisdições penais nacionais”.

11 “É criado, pelo presente instrumento, um Tribunal Penal Internacional (‘o Tribunal’). O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e **será complementar às jurisdições penais nacionais**. A competência e o funcionamento do Tribunal rege-se-ão pelo presente Estatuto” (grifos nossos).

12 “1. Tendo em consideração o décimo parágrafo do preâmbulo e o artigo 1º, o Tribunal decidirá sobre a não admissibilidade de um caso se: a) O caso for objeto de inquérito ou de procedimento criminal por parte de um Estado que tenha jurisdição sobre o mesmo, salvo se este não tiver vontade de levar a cabo o inquérito ou o procedimento ou, não tenha capacidade para o fazer; b) O caso tiver sido objeto de inquérito por um Estado com jurisdição sobre ele e tal Estado tenha decidido não dar seguimento ao procedimento criminal contra a pessoa em causa, a menos que esta decisão resulte do fato de esse Estado não ter vontade de proceder criminalmente ou da sua incapacidade real para o fazer; c) A pessoa em causa já tiver sido julgada pela conduta a que se refere a denúncia, e não puder ser julgada pelo Tribunal em virtude do disposto no parágrafo 3 do artigo 20; d) O caso não for suficientemente grave para justificar a ulterior intervenção do Tribunal”.

disso, observa-se que não haverá exercício de sua jurisdição quando o “caso não for suficientemente grave para justificar a ulterior intervenção do Tribunal” (art. 17(1) (d) do Estatuto de Roma).¹³ Será o próprio TPI que, exercendo a *compétence de la compétence*, indicará se possui ou não jurisdição para aquele caso concreto a partir das disposições contidas no Estatuto de Roma sobre sua jurisdição.¹⁴

Com efeito, o Tribunal Penal Internacional não tem por vocação a exclusão da competência dos tribunais nacionais ou o menosprezo aos direitos dos Estados, de modo que sua missão é a de completar as jurisdições nacionais dos que ratificaram o Estatuto de Roma, bem como os procedimentos para a cooperação jurídica internacional em assuntos penais, surgindo competência para julgamento quando o “Estado não reivindicar sua jurisdição ou for incapaz de exercê-la” (Bedin & Leves, 2018, p. 253). Dessa forma, pode-se afirmar que a *raison d'être* do direito internacional penal como um todo “is to help combat a particular sort of unwillingness and inability that often prevent states from prosecuting the most serious crimes” (Greenawalt, 2020, pp. 315-316).

Destarte, em observância ao princípio da complementariedade que rege o TPI, sua jurisdição não é concorrente (plano horizontal), tampouco superior (eixo vertical) à dos Estados partes de seu Estatuto, mas, sim, complementar. Vale dizer que num primeiro momento o Tribunal sequer terá competência para agir, o que somente surgirá quando concretizadas alguma das hipóteses de falimento ou omissão; ou seja, sua jurisdição somente surge com a superveniência de uma das situações elencadas no art. 17 do Estatuto de Roma, e não com a ocorrência do crime.

Assim, pode-se imaginar o Tribunal Penal Internacional como um mecanismo autônomo criado pelo Estatuto de Roma e apartado do Poder Judiciário dos Estados que será acionado nas hipóteses de falimento ou omissão desses sistemas judiciais internos, momento a partir do qual ele passa a complementar a estrutura jurisdicional dos Estados, ainda que não seja formalmente órgão integrante de nenhum sistema de justiça doméstico. Dessa forma, o empenho dos Estados partes e sua

13 “At the ICC, for instance, there is both the complementarity requirement, and a separate, standalone gravity requirement demanding that all ICC cases involve conduct ‘of sufficient gravity to justify further action by the Court’. Remarkably, this dual demand —that the ICC pursue only the most serious cases that are not effectively being addressed by domestic authorities— provides on its own a fairly coherent account of why ICL exists in the first instance, and so inevitably these requirements both complement and compete for primacy with the elements of the particular crimes themselves” (Greenawalt, 2020, p. 315).

14 “As this Chamber has highlighted in the past, it is a well-known and fundamental principle that any judicial body, including any international tribunal, retains the power and the duty to determine the boundaries of its own jurisdiction and competence. Such a power and duty, commonly referred to as ‘Kompetenz-Kompetenz’ in German and ‘la compétence de la compétence’ in French, is enshrined in the first sentence of article 19(1), which provides that ‘the Court shall satisfy itself that it has jurisdiction in any case brought before it’ (The Prosecutor v. Joseph Kony, Vicent Otti, Okit Odhiambo, Dominic Ongwen, 2009).

capacidade de investigação e punição dos responsáveis por crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra e de agressão mantém inerte o exercício da jurisdição criminal pelo Tribunal Penal Internacional.

Ademais, como consequência do princípio da complementariedade, os Estados partes se encontram no dever de adequar seus ordenamentos jurídicos, incorporando aos seus sistemas jurídicos as infrações previstas no Estatuto de Roma, bem como prevendo procedimentos adequados de julgamento de maneira a possibilitar a persecução desses crimes, inclusive com o auxílio das instituições internacionais, notadamente o próprio TPI (Delmas-Marty, 2017); do contrário, o TPI poderia exercer sua competência a mercê da carência ou omissão da legislação interna.

O princípio da complementariedade, regente da jurisdição do TPI, além de possuir o caráter injuntivo, também contribuiu para a aceitação da própria ideia de criação de um tribunal internacional penal permanente, tendo em vista que a primazia do julgamento dos indivíduos infratores permanece a cargo das jurisdições nacionais, caráter que o difere dos tribunais *ad hoc* (Meneghello & Cardia, 2016).

Em síntese, vigora o seguinte raciocínio: no escopo de evitar o acionamento da jurisdição do Tribunal Penal Internacional por crimes cometidos em seu território, os Estados buscarão adotar medidas que aperfeiçoem suas leis penais e processuais penais de modo a munir seus juízes e tribunais com ferramentas legislativas capazes de licitamente percorrer todas as etapas da persecução penal à luz dos direitos e garantias fundamentais atinentes às penas e ao processo.

Todavia, mesmo gozando dos atributos de permanência e independência, a recente instituição do Tribunal Penal Internacional é uma realidade que carece de ajustes e aprimoramentos, mormente porque ainda encontra resistência de alguns países que insistem em encará-lo como um suposto violador de suas soberanias.

Com efeito, não obstante o Tribunal represente um avanço no combate à impunidade dos crimes que mais gravemente atentam contra os direitos humanos, sua arquitetura jurídica e institucional somente será eficazmente posta em prática se contar com a cooperação dos signatários do Estatuto que lhe deu origem.

No escopo de emprestar o maior grau possível de tangibilidade ao dever geral de cooperação imposto pelo próprio tratado aos seus signatários, os Estados partes da Conferência de Roma se obrigaram a prever, em suas legislações, procedimentos concretos no intuito de fornecer respostas aos pedidos de cooperação formulados pelo Tribunal.¹⁵ Isso porque, além do cumprimento de uma obrigação assumida

15 “Artigo 86. Obrigação Geral de Cooperar. Os Estados Partes deverão, em conformidade com o disposto no presente Estatuto, cooperar plenamente com o Tribunal no inquérito e no procedimento contra crimes da competência deste”.

internacionalmente (*pacta sunt servanda*), a própria dinâmica de atuação do TPI exige dos Estados partes do Estatuto de Roma a cooperação necessária para fazer valer suas decisões, tendo em vista a inexistência de uma polícia judiciária capaz de conceder *enforcement* às suas decisões (Brant & Biazatti, 2017). Mais, envolve também o próprio exercício das funções de investigação desempenhadas pela Procuradoria do Tribunal. Além disso, as dificuldades causadas pelo distanciamento entre a sede do TPI e o local de ocorrência dos delitos podem ser mais facilmente superadas a partir do engajamento dos Estados membros.

Para tanto, verifica-se que a cooperação jurídica entre o Tribunal e determinado Estado parte, será tão mais eficazmente concretizada quanto o respectivo direito interno esteja de acordo com as disposições do Estatuto de Roma e desprovido de óbices instrumentais e procedimentais de caráter legal que inviabilizem a apreciação ou a concessão dos pedidos formulados pelo Tribunal. Tal dever —de adequação da legislação processual penal de um Estado parte sujeito à jurisdição do Tribunal às exigências previstas no Estatuto de Roma— concorre para evitar a criação de regimes jurídicos conflitantes que culminem por obstar a atividade judicante do TPI.

Tal mandamento decorre, ainda, da situação fática de monopólio do poder coercitivo do qual dispõe os Estados dentro de seus territórios, especialmente a força policial necessária para produção de provas, realização de diligências, cumprimento de mandados de prisão e garantia de execução das penas eventualmente impostas pelo Tribunal.

A cooperação necessária entre o TPI e seus Estados partes se manifesta —de maneira essencial, diga-se— na entrega de pessoas contra quem haja mandado de prisão expedido por uma das Câmaras do Tribunal. Isso porque o dever de entrega de investigados se encontra contido na obrigação geral dos Estados partes de cooperação plena com o Tribunal no inquérito e no procedimento contra crimes de sua competência, nos termos do art. 86 do Estatuto de Roma. Dessa forma, a adaptação da legislação dos Estados partes do TPI também tem por função garantir a operacionalização interna dos pedidos formulados pelo Tribunal, especialmente se se considera que, diante de o TPI não julgar à revelia, réus foragidos obstem o início da fase de julgamento (artigo 63).

Dessa forma, duas conclusões surgem: a primeira diz respeito à adaptação da legislação interna dos Estados partes ao Estatuto de Roma, que não pode ser encarado como uma simples faculdade dos Estados partes, mas, sim, de uma obrigação de dupla natureza: constitucional e convencional;¹⁶ a segunda se relaciona à mar-

16 O Brasil —tal qual a França (cujo ordenamento jurídico foi tomado como parâmetro para a obra utilizada como referência)— está duplamente sujeito ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional: além

gem de discricionariedade do legislador nacional, que, contrariamente ao que se poderia pensar *prima facie*, não goza de espaço de manobra amplo que lhe autorize a imprimir sua própria visão de crimes internacionais em sua legislação, mas o autoriza a dispor sobre o procedimento interno dos pedidos de cooperação, desde que não frustrem a atuação do Tribunal (Brant & Biazzi, 2017).

Acerca desse último ponto, destaque-se que a proteção conferida pelos Estados signatários do Estatuto de Roma deve ter nele seu parâmetro mínimo e seu limite, seu ponto de partida para eventuais acréscimos a serem implementados pela legislação interna, mas observando e respeitando as disposições estabelecidas no tratado constitutivo do TPI.

Nesse sentido, verifica-se que ambos os princípios —complementariedade e cooperação— exigem dos Estados partes do Estatuto de Roma uma postura proativa no sentido de adaptação da respectiva legislação nacional, no escopo de garantir o exercício da jurisdição do Tribunal Penal Internacional em caso de seu acionamento. Tal missão, contudo, resta fortemente influenciada pela realidade política e pela cultura jurídica de cada Estado. Daí decorre a afirmação de que “in the current days, the ICC appears as one of the actors whose success depends, largely, on its articulation, among others, with national actors” (Acosta Alvarado, 2014).

A ação desses fatores resulta na forma como se enxerga a jurisdição do TPI, bem como implica diretamente no conteúdo das reformas legislativas a serem levadas a cabo no intuito de preservar a eficácia das disposições do Estatuto de Roma e garantir o exercício da atividade judicante do Tribunal, levando-se em consideração sua hierarquia (do Estatuto) na ordem jurídica nacional.

2.2. A hierarquia do Estatuto de Roma na ordem jurídica brasileira

O Brasil assinou o Estatuto de Roma em 7 de fevereiro de 2000, tendo, após a aprovação do Congresso Nacional, mediante Decreto Legislativo 112, de 6 de junho de 2002 —conforme exigência constitucional do art. 49, I—, sido ratificado em 20 de junho de 2002.¹⁷ Internamente, sua execução foi determinada pelo Decreto 4388, de 25 de setembro de 2002.

Diferentemente de outros tratados internacionais, o Estatuto de Roma não tem por escopo a catalogação de direitos reconhecidos pela comunidade internacional aos indivíduos a serem aplicados pelos órgãos administrativos e jurisdicionais dos

da obrigação convencional assumida perante a sociedade internacional, a Constituição Federal de 1998, desde a EC 45/04, prevê expressamente a possibilidade de o País sujeitar-se à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão, como é o caso do TPI do Estatuto de Roma.

17 Datas de assinatura e ratificação obtidas no site da *United Nations Treaty Collection*. Disponível em: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsq_no=XVIII-10&chapter=18&clang=_en. Acesso em 23 nov 2019.

Estados signatários. Trata-se, na verdade, da instituição de um órgão jurisdicional de vocação universal apto a julgar de maneira imparcial (mediante prévia atribuição de competência) os crimes previstos em seu Estatuto, que atentam contra o direito internacional humanitário e o direito internacional dos direitos humanos, de modo que as disposições do Estatuto de Roma servem como forma de limitar a atuação jurisdicional do próprio Tribunal Penal Internacional, com a finalidade de evitar um julgamento arbitrário, uma sentença ilegítima e um procedimento inquisitivo.

Assim, apesar de sua atuação na defesa dos direitos humanos,¹⁸ o que acabaria por classificá-lo como tratado internacional de direitos humanos recepcionado pelo quórum ordinário (com valor supralegal, portanto), o Estatuto de Roma age por um caminho distinto dos demais tratados (que declaram direitos conferidos aos cidadãos cuja observância constitui dever dos Estados): institui um órgão competente para julgar os crimes mais graves na hipótese de impotência das justiças nacionais. Tal escolha não é menos legítima e é, inclusive, desejada, diante das experiências históricas que mostram uma atuação de tribunais internacionais criminais por vezes comprometida com os vencedores das disputas que os antecederam.

No Brasil, pairam dúvidas sobre seu enquadramento ou não na previsão formulada pelo art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, segundo o qual “o Brasil pugnará pela formação de um tribunal internacional de direitos humanos”, exatamente pela “formulação tecnicamente infeliz” do dispositivo (Sabadell & Dimoulis, 2010, p. 162), do qual não se extrai o conceito de “tribunal internacional de direitos humanos”: apenas o são os tribunais que possuem competência para condenar Estados pela violação de direitos humanos e garantir sua observância ou também se encaixam nessa previsão os tribunais —tal qual o TPI— que pune indivíduos pela prática de crimes que atentam contra os valores internacionais intrinsecamente vinculados aos direitos humanos?

Tal discussão é relevante tendo em vista que, caso se reconheça o enquadramento do TPI como tribunal internacional de direitos humanos, ele passa a gozar de assento constitucional em norma originária (tais normas não são passíveis de controle de constitucionalidade), e não apenas no dispositivo inserido no art. 5º da Constituição Federal pela EC 45/04.¹⁹ Nesse contexto, o debate acerca da hierarquia

18 No caso do TPI, a atuação é repressiva, partindo da punição individual dos agentes que violam, mediante condutas enquadradas nos tipos penais do Estatuto de Roma, o direito internacional humanitário e o direito internacional dos direitos humanos.

19 Não se nega o valor constitucional da Emenda Constitucional 45/2004, que inseriu o § 4º do art. 5º da Constituição Federal. Contudo, no ordenamento jurídico brasileiro, as emendas constitucionais podem ter sua constitucionalidade questionada, a partir do parâmetro das cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, *cf.*). Assim, há de se ter em mente a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal reconhecer a inconstitucionalidade do § 4º do art. 5º, inserido no texto da Constituição Federal pela EC 45/2004.

do Estatuto de Roma no ordenamento jurídico brasileiro ganha relevância quando se verifica que o reconhecimento de incompatibilidades entre seu texto e a Constituição Federal pode obstar a cooperação do país com o Tribunal (e consequentemente a própria atuação do TPI). É o que pode vir a acontecer (dependendo da teoria hierárquica adotada para inserção dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro) caso se entenda que os direitos e garantias constitucionalmente previstos para o processo penal e a aplicação da pena pelos tribunais nacionais são restringidos pelas previsões do direito penal internacional.

Isso porque tal reconhecimento esbarra, na maioria das vezes, nas cláusulas pétreas, contidas no art. 60, § 4º da Constituição, de modo a prejudicar qualquer procedimento tendente a viabilizar a atuação de um órgão jurisdicional (ainda que internacional) que manifestamente não observará os direitos e garantias constitucionalmente previstos, como é o caso da possibilidade de prisão perpétua e de entrega de nacionais (ainda que se a diferencie da extradição) previstos no Estatuto de Roma.

Diante dessas considerações, a única teoria que parece garantir a prevalência do Estatuto de Roma é a que lhe confere valor supraconstitucional, a qual é adotada com base na conjugação dos art. 5º, §§ 2º e 4º da Constituição Federal com o art. 7º do Ato das Disposições Transitórias.

A suficiência do § 4º do art. 5º da CF não é pacífica e, no despacho proferido pelo Min. Celso de Mello nos autos da Petição 4.625-1/República do Sudão —a qual será tratada detalhadamente em tópico posterior—, restou consignada a passível de decretação de sua inconstitucionalidade, exatamente pela não observância das limitações materiais ao poder de reforma da Constituição. Tal tentativa —de “constitucionalizar” genericamente o Estatuto de Roma pela inserção de um dispositivo na Constitucional prevendo a sujeição do Brasil a tribunal penal internacional a cuja criação tenha manifestado adesão— é similar à dinâmica francesa de incorporação do Estatuto.²⁰

Todavia, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal referente ao valor hierárquico dos tratados internacionais não admite tal hipótese. No máximo, o Supremo Tribunal Federal confere valor de emenda constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo procedimento previsto no § 3º do art. 5 da CF. Nos demais casos (de não observância do quórum qualificado de aprovação congressional), o STF empresta valor supralegal caso o tratado envolva direitos

20 A diferença, contudo, reside no fato de que, na França, já existe uma decisão do seu Conselho Constitucional acerca das incompatibilidades entre o Estatuto de Roma e a Constituição da Vª República. Contudo, conforme previsto na própria decisão, tais pontos restariam superados com a reforma da Constituição, levada a cabo pela promulgação da Lei Constitucional 99-568 de 1999, que introduziu na Constituição o art. 53-2, segundo o qual o Estado francês pode reconhecer a jurisdição do TPI nos termos do Estatuto de Roma.

humanos e, nas hipóteses restantes, confere paridade entre tratado internacional e lei ordinária. Não obstante a “constitucionalização” da sujeição do Brasil à jurisdição do TPI pela inserção do § 4º ao art. 5º da CF, o Estatuto de Roma não foi recepcionado com quórum qualificado, restando-lhe, pois, duas possíveis vias: caso o Supremo Tribunal Federal entenda que suas disposições dizem respeito a direitos humanos, conferir-se-á *status* supralegal ao Estatuto; do contrário, ser-lhe-á aplicada a tese da paridade normativa entre tratados internacionais e legislação ordinária federal.

Independentemente da tese adotada entre essas duas últimas, questões controvertidas surgem a partir da incorporação do Estatuto de Roma do TPI ao ordenamento jurídico brasileiro, especialmente envolvendo disposições constitucionais.

2.3. Impactos constitucionais do Estatuto de Roma no direito brasileiro

Diferentemente de outros países que já contam com uma legislação própria acerca da cooperação com o Tribunal Penal Internacional (como Bélgica²¹ e França,²² na Europa, e Argentina²³ e Uruguai,²⁴ na América Latina), o Brasil ainda não aprovou nenhuma lei sobre a matéria (ainda que tramitem no Congresso Nacional dois projetos de lei nesse sentido: o PL 4038/08, de autoria da Presidência da República, e o PL 301/2007, oriundo do próprio Poder Legislativo).

Não obstante a inexistência de uma lei específica disciplinando a relação entre o Brasil e o Tribunal Penal Internacional —mais especificamente as formas de cooperação—, já tramita perante o Supremo Tribunal Federal pedido de entrega formulado pelo TPI no ano de 2009 no caso envolvendo o presidente sudanês Omar Al-Bashir. Ainda que não haja uma decisão colegiada acerca do mérito do pedido, o despacho assinado pelo Ministro Celso de Mello aponta alguns pontos que podem ser levantados quando da análise pelo Plenário do Tribunal ou pela Procuradoria-Geral da República em sua manifestação obrigatória.

Na Petição 4625-1/República do Sudão (rel. Min. Rosa Weber), por meio da qual o TPI, no uso das atribuições que lhe confere o art. 89(1) do Estatuto de Roma, solicitou ao Governo da República Federativa do Brasil a detenção e posterior entrega do

21 Loi concernant la coopération avec la Cour pénale internationale et les tribunaux pénaux internationaux du 29 mars 2004. Disponível em: http://www.etaamb.be/fr/loi-du-29-mars-2004_n2004009246.html. Acesso em 17 set 2019.

22 Loi 2002-268 du 26 février 2002 relative à la coopération avec la Cour pénale internationale. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000776756&categorieLien=id>. Acesso em 16 set 2019.

23 Ley 26.200, enero 5 2007 - Ley de Implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/120000-124999/123921/norma.htm>. Acesso em 17 set 2019.

24 Ley 18.026 - Cooperación con la Corte Penal Internacional en materia de lucha contra el genocidio, los crímenes de guerra y de lesa humanidad. Disponível em: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp9940348.htm>. Acesso em 17 set 2019.

Presidente da República do Sudão, Omar Al-Bashir, para julgamento perante o Tribunal, o despacho proferido pelo Ministro Celso de Mello²⁵ apontou alguns pontos tidos por polêmicos sobre a relação entre TPI e o Brasil: a) necessidade de estabelecimento, pelos Estados partes, de procedimentos para viabilização das formas de cooperação previstas no Estatuto de Roma; b) cláusula da irrelevância da qualidade oficial do agente; c) distinção entre extradição e entrega.

Sobre o primeiro ponto, o despacho consigna o dever previsto pelo Estatuto de Roma dirigido aos Estados partes acerca da necessidade de estabelecimento, pelo direito interno, de procedimentos aplicáveis ao processamento das formas de cooperação com o Tribunal, de modo a “viabilizar a sua integral aplicação no âmbito interno dos Estados nacionais que hajam subscrito ou aderido a essa convenção multilateral”. Em seguida, menciona a existência do Projeto de Lei 4038/08,²⁶ encaminhado ao Congresso Nacional pela Presidência da República, que, dentre outros pontos, dispõe sobre a cooperação com o TPI.

Acerca do segundo ponto, consta no despacho digressão sobre a cláusula de irrelevância absoluta da qualidade oficial do autor dos crimes (artigo 27), exatamente por ser o caso que ensejou o pedido de colaboração encaminhado ao Brasil pelo Tribunal: a detenção e posterior entrega do Presidente da República do Sudão, Omar Al-Bashir.

Na oportunidade, restou apontada no despacho a aparente superação do dogma clássico de direito internacional público de imunidade absoluta dos mandatários de função oficial estatal (reafirmado pela Corte Internacional de Justiça no *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000*, República Democrática do Congo v. Bélgica, julgado em 14 de fevereiro de 2002, que reconheceu a violação, por um juiz de instrução belga, da imunidade penal absoluta do ministro de negócios estrangeiros congolês, conforme prevê o costume internacional, pela emissão de um mandado de prisão a ele dirigido) pelo artigo 27 do Estatuto de Roma.²⁷

25 Na oportunidade, o STF se encontrava em recesso, cabendo, nesses casos, à Presidência da Corte a análise dos processos que reclamassem urgência. Contudo, diante da ausência simultânea dos Presidente e Vice-Presidente do Tribunal na ocasião, coube ao Ministro Celso de Mello, Decano, analisar o pleito encaminhado pelo Tribunal Penal Internacional, nos termos do art. 37, I, do Regimento Interno do STF.

26 O projeto se encontra pronto para apreciação pelo Plenário da Câmara dos Deputados, segundo informação constante em seu site (<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=410747>). Acesso em 1 ago 2020.

27 E outra não poderia ter sido a conclusão adotada, considerando que o julgamento do caso Congo v. Bélgica pela Corte Internacional de Justiça não se pautou na imunidade de um mandatário de cargo oficial para julgamento perante um tribunal internacional de natureza criminal, mas, sim, por uma corte de um Estado que, unilateralmente, concedeu-se jurisdição universal para processamento de ações relativas a crimes internacionais. Na verdade, seria um contrassenso do direito internacional assumir para si a proteção dos direitos humanos —por meio da tipificação de crimes internacionais, inclusive— e, ao mesmo tempo, reconhecer a imunidade dos acusados do cometimento de tais crimes.

No caso específico do TPI, não há que se falar em aplicação da imunidade jurisdicional dos agentes oficiais —incluindo Chefes de Estado²⁸— prevista pelo direito internacional consuetudinário por manifesta expressão do Estatuto de Roma em sentido contrário, por meio de seu art. 27. Não obstante a previsão do art. 98 do Estatuto de Roma —que poderia afastar o dever dos Estados signatários de cooperar com o Tribunal considerando que a República do Sudão não é parte do Estatuto, o que geraria a manutenção, à luz do direito internacional consuetudinário, da imunidade de seu presidente—, impende consignar que, em tendo o caso do presidente Omar Al-Bashir sido submetido à jurisdição do TPI por resolução do Conselho de Segurança da ONU, não resta ele protegido pelo manto da imunidade de agente oficial, haja vista que tal garantia seria incompatível com a manifestação de vontade do Conselho em vê-lo julgado pelo Tribunal (Brant & Biazatti, 2017).

No que diz respeito ao terceiro ponto, o Ministro Celso de Mello, acerca da distinção entre entrega (“*surrender*”) e extradição, reconheceu a distinção existente entre tais institutos, tendo consignado que “embora a entrega de determinada pessoa constitua resultado comum a ambos os institutos, [...] há, dentre outros, um elemento de relevo que os diferencia no plano conceitual, eis que a extradição somente pode ter por autor um Estado soberano, e não organismos internacionais”.

Assim, embora reconheça o resultado prático comum —isso é, o julgamento por um órgão judicial alheio ao Poder Judiciário nacional—, a diferença na origem dos pedidos implica no reconhecimento de uma diferença na essência dos institutos. Conforme restou destacado no despacho, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a extradição “faz instaurar uma relação de caráter necessariamente intergovernamental, o que afasta a possibilidade de terceiros, desvestidos de estatalidade, formularem pleitos de natureza extradicional”.²⁹

Após reconhecer a legitimidade exclusiva dos Estados na formulação dos pedidos de extradição e destacar a personalidade jurídica internacional do TPI —que não se confunde com o elemento de estatalidade dos Estados—, o Ministro Celso de Mello

28 Sobre a compatibilidade do regime de irrelevância da qualidade oficial dos agentes previsto no Estatuto de Roma com as disposições corriqueiramente previstas em Constituições estatais acerca da imunidade dos Chefes de Estado e outros agentes públicos de alto escalão, vale destacar a conclusão a que chegou a Corte Constitucional da Ucrânia: “Provisions of the Statute do not prohibit establishment and do not cancel provisions of Ukraine’s Constitution referring to immunity of people’s deputies of Ukraine, those of President of Ukraine and judges, and only result from the fact, that immunity of these persons concerns national jurisdiction and may not be an obstacle to exercise jurisdiction by International criminal court related to those of them, who committed crimes, stipulated by the Statute” (tradução não oficial disponível em: <https://ihl-databases.icrc.org/ihl-nat/0/11D83B3284A5CC4FC1256BC2004EABFA>). Acesso em 1 ago 2020.

29 Aqui, o Ministro Celso de Mello se refere à Extradição 955/DF (j. 17.12.2004, rel. Min. Celso de Mello, DJE 1.2.2005), onde o STF, diante da ausência do elemento de estatalidade, não conheceu de pedido de extradição formulado por particular, reputando-o carente de legitimidade ativa para manejar a jurisdição do Tribunal por pedido de extradição.

aponta as definições conceituais dos institutos previstas no Estatuto de Roma (art. 102, “a” e “b”) para, acatando tal distinção, examinar o pedido encaminhado ao STF pelo Tribunal por meio do Governo federal, tendo, ao final, remetido os autos à Procuradoria-Geral da República para manifestação antes da tomada de decisão.

Ademais, ainda no que diz respeito à distinção entrega e extradição, cumpre destacar que, no caso dos pedidos formulados pelo TPI, existe uma maior segurança jurídica quanto aos fundamentos jurídicos do mandado de prisão, considerando que o procedimento internacional do Tribunal respeita os mais altos padrões internacionais de respeito ao devido processo legal, qualificação que o difere dos tribunais *ad hoc* que o antecederam (Delmas-Marty, 2017).

Outra distinção entre entrega e extradição reside no fato de que, enquanto nesse último há uma relação de horizontalidade —e igualdade, portanto— entre os envolvidos (Estados soberanos), o primeiro pressupõe uma lógica vertical, segundo a qual os Estados têm, por manifestação voluntária de sua expressão, a obrigação de cooperar com o TPI por meio da entrega dos indivíduos requeridos pelo Tribunal (Brant & Biazatti, 2017).

Destaque-se, ainda, que não apenas no âmbito doméstico, mas também no seio do próprio TPI, o caso do presidente sudanês é emblemático e ilustra paradigmaticamente a necessidade de colaboração dos Estados partes e as sérias consequências da adoção de condutas incompatíveis com essa obrigação geral pelos signatários do Estatuto de Roma. No caso Omar Al-Bashir, a situação envolve uma série de viagens pelo continente africano (Chade, Quênia, Djibuti, Malawi, Congo e África do Sul) sem que as autoridades locais de cada um dos países por onde ele esteve tenham empreendido esforços em prendê-lo para ulterior envio à Haia (Brant & Biazatti, 2017).

Por fim, pontue-se, também, a necessária análise acerca da possibilidade de instauração de persecução criminal por delito tipificado no Estatuto de Roma —tratado internacional, portanto— à luz do princípio da reserva legal previsto no art. 5º, XXXIX, CF, segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Tal discussão exigiria o reconhecimento de que o Estatuto de Roma, ainda que não seja norma legal em sentido estrito, preenche os critérios de definição clara da conduta à qual se imputa a penalidade e que tal pena se encontra juridicamente limitada. Ademais, ainda que tenha sido incorporada mediante decreto legislativo, sua votação se deu pelo mesmo quórum exigido para aprovação de uma lei (maioria simples presente a maioria absoluta), contou com a participação do Presidente da República (inclusive duas vezes: por ocasião da assinatura e da ratificação do

tratado) e, nos termos da mesma jurisprudência do STF, tratados gozam de, no mínimo, *status* normativo de lei ordinária.

Para tanto, o Supremo Tribunal Federal deveria alterar sua orientação firmada no julgamento do AgRg em RHC 121.835/PE (j. 13.10.2015, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma DJe 23.11.2015) de modo a admitir a possibilidade de tipificação penal em norma internacional, ou pelo reconhecimento de que o Estatuto de Roma, diferentemente de outros tratados, atende aos preceitos constitucionais de cominação de pena e tipificação de crime.³⁰ Outros pontos, embora não enfrentados, foram listados pelo signatário do despacho, dentre os quais consta a estipulação, pelo Estatuto de Roma, da pena de prisão perpétua, “se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem”, conforme dispõe o seu artigo 77(1)(b).

3. Compatibilizando a questão da prisão perpétua à luz do transconstitucionalismo

Tal previsão, numa perspectiva clássica (leia-se hierárquica) contrasta com a vedação contida no art. 5º, XLVII, “b” da Constituição Federal, segundo o qual “não haverá penas: [...] de caráter perpétuo”. Nesse sentido, diante do valor normativo limitado dos tratados internacionais no Brasil —cuja Suprema Corte não reconhece valor supraconstitucional a nenhuma norma de direito internacional— e à luz do critério hierárquico de resolução de antinomias, a aplicação do paradigma clássico a tal problema constitucional poderia culminar por obstar a cooperação do Estado brasileiro com o Tribunal Penal Internacional.

Tal compreensão deveria partir, ainda, do reconhecimento de que a vedação constitucional contida no art. 5º, XLVII, “b”, CF, impede não apenas o legislador brasileiro de instituir tal penalidade (prisão perpétua, conforme faz o Estatuto de Roma), mas também prejudicaria eventual pedido de cooperação formulado pelo Tribunal a algum órgão brasileiro (notadamente ao Supremo Tribunal Federal).

30 Curiosamente, A. L. Sabadell e D. Dimoulis (2010) se valem (em uma análise que não contempla a tese da suprallegalidade, restringindo-se a conferir ao Estatuto de Roma hierarquia constitucional ou legal) do argumento da similitude do procedimento de incorporação para defender a possibilidade de lei ordinária revogar tratado internacional. Pelos mesmos fundamentos, contudo, enxergamos possível a tipificação de crimes por tratados internacionais, considerando, ainda, no caso particular do direito internacional, a tripla manifestação do Presidente da República (assinatura do tratado, sua ratificação e a promulgação do decreto presidencial de execução) e o engajamento da sociedade internacional no seu processo criador. A manifestação congressual sob forma de Projeto de Lei ou de Projeto de Decreto Legislativo passa a ser, nesse ponto, irrelevante, pois, diferentemente do que ocorreria com um PDL tradicional, nos casos de aprovação de tratado internacional, a Presidência da República é instada a se manifestar uma vez em momento anterior (assinatura) e duas vezes posteriormente (ratificação e execução).

A concretização de tal problema (até agora hipotético) redundaria, eventualmente, no seguinte cenário (igualmente hipotético, por enquanto): encaminhado pedido de cooperação consistente na prisão e entrega de brasileiro nato ao Tribunal Penal Internacional para julgamento por um dos crimes de sua competência, o Supremo Tribunal Federal se negaria a atender ao pleito, ao fundamento de que a Constituição Federal proíbe a aplicação de umas das penalidades previstas no Estatuto de Roma, a saber, a pena de prisão perpétua.

Pari passu, o Tribunal Penal Internacional, invocando sua competência estatutária, elaboraria, conforme disposição do artigo 77(1)(b) do Estatuto de Roma e nos termos do artigo 87(7), um relatório dando conta do descumprimento do pedido de cooperação e encaminhá-lo-ia à Assembleia dos Estados Partes (ou ao Conselho de Segurança das Nações Unidas, quando a submissão do caso tiver sido por ele formulada), que o examinaria em conformidade com o artigo 112(2)(f).

Surge, assim, o seguinte conflito – no mínimo paradoxal: o Brasil, invocando as disposições de sua Constituição Federal, obsta o seguimento ao pedido de cooperação formulado pelo TPI que, a seu turno, elabora, por tal recusa, relatório dirigido à Assembleia dos Estados Partes, para que o examine e, eventualmente, aplique-lhe sanções (ainda que o Estatuto de Roma não as indique pormenorizadamente).

Esse cenário hipotético ilustra a limitação do paradigma hierárquico quanto à resolução de problemas normativos envolvendo ordens jurídicas distintas e tribunais diversos (no caso, um de ordem estatal e outro internacional), oportunidade na qual cada um deles reclama para si a palavra final acerca de determinado dispositivo de análise comum a eles, restando ao outro uma posição periférica (Neves, 2009).

Nesse contexto, o transconstitucionalismo (e seu fundamento heterárquico) se apresenta como alternativa à perspectiva clássica, ofertando premissas para a construção de bases teóricas para uma nova visão acerca do relacionamento entre ordens jurídicas (notadamente, para o presente trabalho, direito estatal e direito internacional).

Entretanto, falta-lhe uma metodologia bem definida a ser empregada em sua aplicação, no escopo não de afastar uma total incerteza acerca dos resultados — que permanece—, mas de garantir a “indispensável a reconstrução permanente da ‘identidade constitucional’ por força de uma consideração permanente da alteridade” (Neves, 2009, p. 272), evitando-se, inclusive, os casos de bloqueios recíprocos na resolução dos problemas constitucionais (Neves, 2009).

Tal problema não é próprio do transconstitucionalismo. No geral, o problema da colisão entre soluções jurisdicionais envolvendo tribunais de ordens diversas

e bases normativas distintas (notadamente um órgão nacional e outro transnacional) parece se afastar de um “jogo binário de prevalências” e caminhar rumo à exigência de um ônus argumentativo mais robusto na resolução de problemas envolvendo, por exemplo, colisões entre direitos fundamentais, negando-se a existência de uma vinculação simples e direta e se aproximando do reconhecimento da necessidade de impor racionalidade a uma decisão judicial que eventualmente rejeite a fundamentação de outra de nível transnacional no escopo de possibilitar um diálogo intersubjetivo (Silva, 2010). Ou seja, exige-se a fixação de parâmetros e o esboço de uma metodologia própria.

Acerca do caso concreto anteriormente indicado —a questão da prisão perpétua prevista no Estatuto de Roma e sua vedação na Constituição Federal brasileira—, é possível apontar tecer algumas considerações sobre sua resolução à luz do transconstitucionalismo.

A primeira questão diz respeito à possibilidade de aplicação de tal teoria à sua resolução: a possibilidade de decretação da prisão perpétua é um problema constitucional (envolve questão de direitos fundamentais ou separação de poderes)? A resposta é positiva. Não à toa a matéria foi tratada, na Constituição Federal, no art. 5º, reservado à catalogação dos direitos e garantias individuais fundamentais. Nesse contexto, passível de ser analisado tal problema à luz do transconstitucionalismo.

Quanto à resolução do problema em si, o próprio Marcelo Neves já indica uma possível solução intermediária para a questão: o acatamento de uma eventual exigência feita pelo Brasil de que o brasileiro nato entregue para julgamento para o TPI somente será condenado a uma pena de, no máximo, 40 (quarenta) anos (Neves, 2009). Contudo, registra o autor, igualmente, que o desenvolvimento de uma solução, nesse contexto normativo, permanece aberto (Neves, 2009). Com efeito, outras formas de resolução parecem igualmente válidas sob o prisma do transconstitucionalismo.

O processo de análise de sua viabilidade por parte de um tribunal (ou órgão) exige sua construção a partir do outro sistema, o que pode levar em conta sua *raison d'être* —porque tal previsão está inserida naquele determinado contexto— e o grau de irredutibilidade do instituto à luz do sistema no qual ele está contido —até que ponto ele é algo fundamental e/ou imprescindível para aquele determinado sistema—.

Na ótica do Estado brasileiro, a questão da prisão perpétua envolve a análise do ordenamento estatal, do direito internacional penal (Estatuto de Roma) e do direito interamericano dos direitos humanos: o primeiro a veda expressamente, o segundo a prevê em casos excepcionais e o terceiro dispõe que “[a]s penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados” —art. 5(6)—.

O discurso a ser adotado pelo Supremo Tribunal Federal em um eventual pedido de cooperação —à luz do transconstitucionalismo e no que diz respeito à questão da prisão perpétua— deve envolver uma descrição do valor da vedação da prisão perpétua no ordenamento jurídico brasileiro, o que passa pelo reconhecimento de que situação mais gravosa é admitida pela própria Constituição em situação excepcional: a possibilidade de pena de morte em caso de guerra declarada (art. 5º, XLVII, CF). Quanto ao Estatuto de Roma, o STF deve levar em consideração que a pena de prisão perpétua, além de somente ser aplicada em casos excepcionais, conforme dispõe o próprio art. 77(1)(b), é periodicamente revista pelo TPI, indicando o comprometimento do direito internacional penal com a manutenção da prisão perpétua como *ultima ratio*. Finalmente, o STF não poderá se furtar de levar em consideração o que dispõe a CADH sobre a função social da pena, inclusive devendo analisar a manifestação da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Mendoza y otros vs. Argentina*, no qual se analisou, ainda que brevemente, o art. 5(6) da Convenção Americana.

Assim, inclusive partindo de uma perspectiva de legitimidade da jurisdição do TPI a partir da construção democrática da comunidade internacional que representa o destino ao qual o Brasil pretende chegar como integrante desse mesmo grupo, vislumbra-se a possibilidade de aceitação da decretação de prisão perpétua pelo TPI, de modo que tal instituto não deve ser um óbice à cooperação do Estado brasileiro.

Do lado do TPI, há de se levar em consideração por ocasião da fixação das penas os ordenamentos jurídicos eventualmente envolvidos, notadamente o dos Estados cuja cooperação é requerida, bem como o Estado de origem do condenado, além, é claro, do juízo de proporcionalidade entre a gravidade do delito e a finalidade da pena. Ademais, tendo em vista a vocação universal do TPI, pode-se falar, ainda, em uma necessária análise acerca do que dispõe os tratados internacionais celebrados sob os auspícios da ONU sobre a matéria. Por essa razão, tal construção argumentativa não pode ser encarada do ponto de vista estático, mas dinâmico, ou seja, também admite uma alteração que eventualmente culminará em uma solução em sentido contrário: à medida que os países forem se posicionando contrariamente às penas de caráter perpétuo, também o TPI precisará adequar seus julgamentos a essa realidade, deixando de aplicar, ainda que com previsão estatutária para tanto, a penalidade do artigo 77(1)(a), especialmente se se considera sua excepcionalidade.

Nesse contexto, o comprometimento do Tribunal Penal Internacional com as tendências legislativas adotadas pelos Estados partes de seu Estatuto é a maneira

pela qual o direito nacional interfere na jurisdição do TPI. Por outro lado, sujeitar-se às decisões do Tribunal cumprindo efetivamente suas determinações é a forma que o direito internacional se entrelaça nas jurisdições internas.

Contudo, verifica-se, novamente, diante da multiplicidade de resoluções possíveis para os problemas colocados a necessidade de fixação de parâmetros e de elaboração de uma metodologia para o transconstitucionalismo. Com efeito, parece existir certeza apenas quanto às hipóteses de sua incidência, a saber, problemas constitucionais (matéria de direitos fundamentais e separação de poderes) e quanto ao seu instrumento (racionalidade transversal), mas, diante da abertura teórica, o pensamento carece, por ora, de critérios específicos e mais claros.

Tal constatação não é demérito para a teoria, mas apenas indica o imperativo de uma construção metodológica. Mesmo Hans Kelsen admitiu a impossibilidade de uma atividade interpretativa completamente pura e objetiva, reconhecendo múltiplas interpretações possíveis dentro de uma mesma moldura (Kelsen, 2009). O que dizer, então, de um pensamento heterárquico ainda em vias de construção e aperfeiçoamento?

Conclusão

Ao final, conclui-se que, diante da superação das teorias clássicas de relacionamento entre o direito internacional e o direito estatal (monismo e dualismo, pautadas num paradigma hierárquico), o transconstitucionalismo busca resolver suas fragilidades, notadamente no que diz respeito à multiplicidade de ordens normativas e jurisdições exercidas por tribunais diversos. Para isso, parte de uma precisa definição acerca de seu âmbito de incidência (problemas constitucionais, isso é, matéria de direitos fundamentais e separação de poderes) e da inexistência de primazia previamente definida de uma ordem sobre a outra.

No mérito de sua aplicação, fala-se no uso da racionalidade transversal como maneira apta a relacionar os problemas decorrentes da intersecção entre as mais diversas ordens jurídicas sem que nenhuma delas possa reclamar primazia antecipadamente, de modo que a prevalência de uma ou outra somente será aferida no caso concreto de acordo com as peculiaridades da situação: quantas e quais ordens se entrelaçam, qual o problema em questão e a abertura de cada uma delas à outra a partir de uma autocontenção.

Tal perspectiva heterárquica parece apta a resolver os conflitos existentes entre a Constituição Federal e o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, inclusive quanto ao problema da prisão perpétua, admitida pela ordem internacional como espécie excepcional de pena, porém vedada pelo direito constitucional brasileiro.

Entretanto, o transconstitucionalismo ainda carece de uma metodologia bem definida, o que impede sua concretização na resolução, dentre outros, do problema apontado. As possibilidades de resolução desse conflito são múltiplas (e contrastantes, inclusive). Além disso, a resposta dessa questão varia de acordo com o caso concreto, tendo em vista que, dependendo da situação, mais de duas ordens (estatal e Estatuto de Roma) podem estar envolvidas, como ocorre com o Estado brasileiro, que também deve levar em conta o direito interamericano dos direitos humanos.

No caso da prisão perpétua, por exemplo, parece ser possível o uso do pensamento transconstitucional tanto para legitimar a possibilidade de o Brasil cooperar com pedido de entrega de brasileiro nato para julgamento pelo TPI (inclusive com a admissão de que poderia haver a aplicação de prisão perpétua como pena pela jurisdição internacional penal), como para impor condições ao auxílio solicitado pelo Tribunal: é a proposta formulada pelo próprio Marcelo Neves no sentido de o TPI se comprometer a aplicar, no caso de brasileiros natos, uma pena máxima limitada ao constitucionalmente previsto, como forma de viabilizar a cooperação com sua jurisdição.

Uma metodologia bem delineada, portanto, teria o condão de nortear a aplicação da teoria transconstitucional, fornecendo racionalidade ao seu uso no caso concreto pelos tribunais envolvidos, reduzindo a subjetividade do órgão aplicador, favorecendo uma legítima aplicação sua e impedindo seu uso tendencioso no sentido de bloquear a racionalidade transversal que a fundamenta. Assim, a partir da racionalidade transversal —que parece ser o núcleo dessa metodologia do transconstitucionalismo— que instrumentaliza a aplicação do pensamento de Marcelo Neves, a resolução da questão posta envolve a análise do problema posto à luz das demais ordens envolvidas num processo de reconstrução da identidade a partir de referências externas, no escopo de identificar eventuais limitações e pontos cegos.

Se, por um lado, o Brasil (o STF, especialmente) deve levar em consideração a excepcionalidade da medida e as razões de ser do direito internacional penal, por outro o Tribunal Penal Internacional precisa ficar atento à forma como o direito dos Estados e o direito internacional enxergam a prisão perpétua, de maneira que, não obstante a existência de competência expressa para aplicá-la em casos excepcionais, o TPI deve fazê-lo com prudência, sempre respeitando (não se subjugando, pois haveria aí uma hierarquia) a posição alheia, num constante diálogo e processo de reconstrução permanente do instituto. Dessa forma, verifica-se a ausência de uma proposta pré-definida e rígida, admitindo-se, em tese, a aplicação da pena de prisão perpétua, mas sendo vislumbrada também a hipótese de o Brasil exigir a não imposição de tal

penalidade para entrega de seus nacionais. A resposta do caso concreto deverá nascer de um discurso jurídico capaz de respeitar reciprocamente as limitações de todos os sistemas envolvidos na resolução do problema constitucional.

Referências

- Acosta Alvarado, P. A. (2016a). Zombis vs. Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. *Estudios Constitucionales*, 14(1), 15-60.
- Acosta Alvarado, P. A. (2016b). Diálogo judicial, pluralismo constitucional y constitucionalismo multinivel: el ejemplo colombiano. En M. Oliveira, F. Figueiredo Santos, L. Arcaro Conci & K. Gerber (Eds.), *A jurisprudência e o diálogo entre tribunais* (pp. 279-318). Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Acosta Alvarado, P. A. (2014). *The International Criminal Court as an actor of the multilevel protection*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Recuperado de <https://icrp.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/sites/4/2015/03/DOC-DE-TRABAJO-10.pdf>
- Arruda, R. A. de, & Mendes, T. B. (2016). A pena de prisão perpétua, prevista no Estatuto de Roma, em face da Constituição Federal de 1988. *Revista Thesis Juris*, 5(3), 748-768.
- Bedin, D. G. A., & Leves, A. M. P. (2018). A sociedade internacional e a paz por meio do direito: o papel da justiça penal internacional. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, 23(1), 242-58.
- Brant, L. N. C., & Biazatti, B. de O. (2017). A petição 4.621/República do Sudão e a obrigação do Brasil de cooperar com o Tribunal Penal Internacional. *XII Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, 1(22), 97-116.
- Cançado Trindade, A. A. (2013). *Os tribunais internacionais contemporâneos*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão (Funag).
- Carvalho, A. D. Z. de. (2017). Cosmopolitismo ou transconstitucionalismo: perspectivas para uma semântica dialógica no constitucionalismo contemporâneo. En C. Calabria & M. Palma (Eds.), *Fugas e variações sobre o transconstitucionalismo* (pp. 75-104). Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Delmas-Marty, M. (2017). La Cour Pénale Internationale: un processus transformateur dans un monde em mouvement. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, 103(125-130), 451-463.

- Elmauer, D. (2017). Revisitando os limites e possibilidades do transconstitucionalismo: o atual horizonte de tendências e contra-tendências do modelo. En C. Calabria & M. Palma (Eds.), *Fugas e variações sobre o transconstitucionalismo* (pp. 105-123). Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Greenawalt, A. K. A. (2020). What it a international crime? In K. J. Heller, F. Mégret, S. M. Nouwen, J. D. Ohlin & D. Robinson (Eds.), *The Oxford handbook of international criminal law* (pp. 293-316). Oxford: Oxford University Press.
- Kelsen, H. (2009). *Teoria pura do direito*. São Paulo: Editora mwf Martins Fontes.
- Magalhães, B. B. (2015). O sincretismo teórico na apropriação das teorias monista e dualista e sua questionável utilidade como critério para a classificação do modelo brasileiro de incorporação de normas internacionais. *Revista de Direito Internacional*, 12(2), 78-96.
- Manguel, T. K. (2018). Alcance y limitaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia. In H. Olasolo, N. E. Buitrago Rey, V. Bonilla Tovar & J. Canosa Cantor (Eds.), *Alcance y limitaciones de la justicia internacional* (pp. 451-494). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Meneghello, C., & Cardia, A. C. R. (2016). Adaptações do ordenamento jurídico brasileiro ao Estatuto de Roma: uma análise do Projeto de Lei nº 4.0384/2008. En W. Menezes (Ed.), *Direito internacional em expansão - Anais do XIV CBDI* (pp. 695-710). Belo Horizonte: Arraes Editores.
- Meneses do Vale, L. A. M. (2015). The theories of interconstitutionality and trans-constitutionalism. Preliminares insights from a jus-cultural perspective (with a view to transnational social justice). *UNIO-EU Law Journal*, 1, 55-76.
- Michaels, R. (2019). Global legal pluralism and conflict of laws. *SSRN Electronic Journal*, 1-20.
- Neves, M. (2009). *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes.
- Neves, M. (2014a). Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de direitos humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. *Revista de Informação Legislativa*, 51(201), 193-214.
- Neves, M. (2014b). (Não) solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. *Lua Nova*, (93), 201-232.

- Olasolo, H., Carnero, E. C., Seoane, D., & Carcano, L. (2018). El limitado alcance de las actuaciones de la Corte Penal Internacional en su decimoquinto aniversario y sus posibles causas. En H. Olasolo, N. E. Buitrago Rey, V. Bonilla Tovar & J. Canosa Cantor (Eds.), *Alcance y limitaciones de la justicia internacional* (pp. 395-449). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sabadell, A. L., & Dimoulis, D. (2010). O Tribunal Penal Internacional em face da Constituição brasileira e a questão da ineficácia social dos direitos fundamentais. En M. Neves (Ed.), *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas* (pp. 157-86). São Paulo: Quartier Latin.
- Silva, M. J. H. de C., & Silva, M. D. R. F. (2017). Entre Tupã e o Leviatã: o transconstitucionalismo e as ordens locais indígenas. *Revista Jurídica da UFERSA*, 1(1), 165-87.
- Silva, V. A. da. (2010). Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional. En M. Neves (Ed.), *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas* (pp. 157-86). São Paulo: Quartier Latin.
- Thevenard, A. A., & Obregón, M. F. Q. (2019). La competencia de la Corte Penal Internacional en el juicio del desastre humanitario ocurrido en Siria. *Derecho y Cambio Social*, (56), 77-92.

Jurisprudência

- TPI, Câmara de Pré-Julgamento II. (2009). *The Prosecutor v. Joseph Kony, Vicent Otti, Okot Odhiambo, Dominic Ongwen*. Decision on the admissibility of the case under article 19(1) of the Statute, 10 de março de 2009, Doc. ICC-02/04-01/05.