

Capítulo 6 - DOI:10.55232/1082024.6

**TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: O PRINCÍPIO DA
COMPLEMENTARIDADE NA PERSPECTIVA DO
HUMANISMO COMO VALOR CONSTITUCIONAL
CONTEMPORÂNEO**

Raimundo Paulino Cavalcante Filho

RESUMO: Trata-se de pesquisa e reflexão acerca dos fundamentos de concepção do Tribunal Penal Internacional (TPI), assim como dos precedentes à criação ao longo da história, além de exame criterioso quanto à relação entre o princípio da complementaridade, que norteia o Tribunal Penal Internacional (TPI), e o constitucionalismo brasileiro, mediante a adoção de metodologia analítica com revisão bibliográfica. Como resultado, apresenta-se a ideia de uma solução razoável quanto à tensão transconstitucional surgida entre o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (TPI) e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Referida metodologia autorizou concluir pela promoção do humanismo como valor constitucional contemporâneo, porquanto a nova realidade demanda um novo direito, sobretudo diante do pluralismo jurídico e da nova interpretação, enfim, do Direito em mutação, sob a égide da dignidade da pessoa humana e independentemente da origem nacional, da raça, do gênero, da cor, da religião e da concepção política.

Palavras-chave: TPI, Humanismo, Constitucionalismo

INTRODUÇÃO

A existência do Direito transcende o plano do empirismo, porque idealizado no aspecto da realidade cultural, manifestando-se por meio da conduta humana. Derivado da atividade humana – esboçada e construída na perspectiva da realidade das condutas em interferência intersubjetiva –, o Direito ordena comportamentos, estabelecendo-se como preceito de vida social, induzindo as pessoas a se vincularem, empenhando-se entre si, incumbindo-se reciprocamente, sendo certo que a pesquisa científica há de calcar-se tanto na compreensão crítica da realidade quanto no ideal de reconstrução.

Demarcada a compreensão crítica da realidade, conjectura-se, como projeto de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, a inauguração de um novo modelo de solução de tensão transconstitucional entre o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (TPI) e o regime constitucional brasileiro, traduzida na ideia de que o Tribunal Penal Internacional (TPI) detém apenas competência complementar ou subsidiária, assistindo ao nacional, destarte, o direito subjetivo de submeter-se à jurisdição do Estado brasileiro previamente à entrega ao Tribunal Penal Internacional (TPI).

Como se conhece, o artigo 77, n. 1, alínea “b”, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (TPI), adotado em 17 de julho de 1998 e vigente na ordem internacional a partir de 1º de julho de 2002, tendo sido ratificado pelo Brasil, por meio do Decreto Legislativo n. 112, de 2002, prevê a prisão perpétua, “se o elevado grau da ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado a justificarem”.

Por outro lado, o Brasil proíbe a pena de prisão perpétua, consoante dicção do artigo 5º, inciso XLVII, alínea “b”, da Constituição Federal de 1988, além de que, segundo o disposto no artigo 60, § 4º, inciso IV, da referida Carta Magna, veda a aplicação de penas de “caráter perpétuo”, garantia esta incluída na relação dos direitos e garantias individuais, pelo que jamais pode ser suprimida, uma vez que se trata de cláusula pétreia.

Ademais, a Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso LI, dispõe que “nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da

naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei”.

Portanto, presente uma tensão transconstitucional entre o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (TPI) e o regime constitucional brasileiro, mostrando-se plausível uma solução da tensão calcada na aplicação subsidiária da competência do Tribunal Penal Internacional (TPI), sob a perspectiva de que não detém primazia sobre as jurisdições nacionais, mas apenas competência complementar, especialmente em razão do humanismo elevado à categoria de valor constitucional contemporâneo, despontando-se, assim, a relevância da pesquisa.

Com o fito de contextualização da temática, propõe-se, no primeiro capítulo, uma análise dos fundamentos da criação do Tribunal Penal Internacional (TPI), assim como dos Tribunais precedentes ao longo da história, para, no segundo capítulo, abordar-se a dignidade humana como valor constitucional contemporâneo e, no último capítulo, o pano de fundo da pesquisa, qual seja, a relação entre o princípio da complementaridade, que norteia o Tribunal Penal Internacional (TPI), e o constitucionalismo brasileiro, dando-se relevo à ideia de uma solução plausível quanto à tensão despontada, nomeadamente sob a perspectiva do humanismo como categoria constitucional contemporânea.

Quanto aos fins, a pesquisa mostra-se descritiva e explicativa. Acerca da orientação de pesquisa, emprega-se o Historicismo Crítico enquanto matriz disciplinar, conquanto considerada a influência cultural sobre o conhecimento. No que se refere aos meios, consiste a pesquisa bibliográfica em análise doutrinária. Utiliza-se o método científico dedutivo, nos moldes da dogmática jurídica.

O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL (TPI)

A criação de um Tribunal Internacional, para fins de julgamento de crimes, pode ser concebida como amíúde, sendo certo que as normas internacionais consecutivamente suscitaram insegurança no que se refere à aplicabilidade, quando o sujeito, isoladamente ou

representando o Estado, perpetrara atos reputados como adversos à humanidade, geralmente causados nas situações de conflitos armados.

Nessa perspectiva, pontua-se que o mundo, indefeso, segue reagindo, mediante a união de forças contrárias, porquanto perecem à comunidade internacional estruturas confiáveis no sentido de reprimir e, sobretudo, prevenir referidos atos, especialmente quando considerados fatos marcantes da história humana, uma vez que são reveladores da barbaridade do homem, como vinganças, torturas, matanças.¹ Nessa linha de reflexão, traz-se à colação a doutrina de Husek (2004, p. 235-236):

¹ Nesse contexto, conquanto longa, mostra-se oportuna e adequada à presente pesquisa teoria de D'Adesky, nos seguintes termos: "A primeira definição jurídica dos crimes contra a humanidade, consta no Estatuto do Tribunal Militar Internacional, instalado em Nuremberg, através do Acordo de Londres de 8 de agosto de 1945, assinado pelos quatro grandes vencedores da Segunda Guerra Mundial: os Estados Unidos, o Reino Unido, a União Soviética e a França. De acordo com o artigo 6 (c) do Estatuto do Tribunal, entende-se por crimes contra a humanidade os seguintes atos: 'atrocidades e delitos, incluindo o assassinato, o extermínio, a redução em escravidão, a deportação, todo ato desumano cometido contra as populações civis antes ou durante uma guerra, bem como as perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos, que tenham ou não constituído uma violação do direito interno do país onde foram perpetrados'. Essa definição formal, foi utilizada nos processos dos criminosos de guerra nazistas, em Nuremberg (14 de novembro de 1945 a 1 de outubro de 1946). Segundo o estatuto de Nuremberg, os 'crimes contra a humanidade' dizem respeito ao direito internacional, podendo ser variados e abrangendo, também, os crimes de guerra. Assim, as condenações, naquele julgamento, foram fundamentadas tanto no estatuto quanto nos crimes de guerra, o que permitiu condenar os criminosos nazistas, de acordo como esses dois conteúdos jurídicos. Depois de Nuremberg, a autonomia dos crimes contra a humanidade, afirma-se gradativamente, em relação aos crimes de guerra. Sua definição, já incorporada nos Princípios das Nações Unidas, foi posteriormente complementada com a inclusão do genocídio e do apartheid. Esta inclusão foi feita com base na Convenção Internacional sobre o Genocídio de 1948, na Convenção Internacional sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, de 1968, e na Convenção sobre o Apartheid, de 1973. No rastro da criação, pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, dos Tribunais Penais Internacionais para a ex-Iugoslávia (TPII) e Ruanda (TPIR), respectivamente em 1993 e 1994, a lista dos crimes contra a humanidade foi novamente ampliada para abrigar, sob certas condições, os estupro e as torturas. Na sentença Tadic, de 2 de outubro de 1995, do Tribunal Penal Internacional da ex-Iugoslávia, a câmara de apelação considerou que, a condição da existência de um laço necessário entre os crimes contra a humanidade e um conflito armado internacional, não era mais requerido pelo direito consuetudinário internacional. Em outras palavras, ficou estabelecido que um crime contra a humanidade, pode ser cometido também em tempo de paz. No Estatuto do Tribunal Penal Internacional (TPI) de 1988, a definição do crime contra a humanidade tem sido ampliada, através da inclusão da noção de desaparecimento forçado, do estupro, e da escravidão sexual, como novas formas de perseguição. Além disso, a definição do estatuto do TPI faz referência a um 'ataque generalizado ou sistemático'. O termo 'generalizado', de ordem quantitativa, evoca o número de vítimas, enquanto o adjetivo 'sistemático' contém a ideia de um plano metódico, sendo que o ataque deve ter sido realizado contra a população civil. A noção de crime contra a humanidade, alcançou maior autonomia no contexto de situações de guerra, mas a humanidade que o direito internacional pretende proteger, é definida pela enumeração de comportamentos, considerados como 'os mais graves'. Atualmente, os crimes contra a humanidade dizem respeito à enumeração, sempre atualizada, de atrocidades que desafiam a imaginação e que chocam profundamente a consciência humana. Assim, a comunidade internacional reunida em Durban, de 31 de agosto a 7 de setembro de 2001, na Conferência Mundial da ONU, contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e Formas Correlatas de Intolerância, reconheceu: '[...] que a escravidão e o tráfico escravo são crimes contra a humanidade e assim devem sempre ser considerados, especialmente o tráfico de escravos transatlântico, estando entre as maiores manifestações e fontes de racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata [...]'. Entretanto, o crime de ecocídio, bem como os danos maiores infligidos ao meio ambiente, continuam fora da competência do TPI. Observa-se que o porta-voz do tribunal chegou a afirmar, em

A política mundial, dominada pelo egoísmo, pela concentração de poderes, pela conquista – antigamente de territórios – hoje de mercados, impositiva de normas étnicas, religiosas, sociais, econômicas, propicia o aparecimento de ditadores, de grupos de domínio, de fanáticos, sem que tenhamos um sistema de defesa e preservação. Não há governante que consiga preservar o povo e o território dos ventos internacionais. Quem tenta assim agir para um preço alto de isolamento e incompreensão. Governar com os olhos voltados apenas para a área doméstica é um convite à sucumbência político-econômica e ao enfraquecimento, ainda maior, da soberania estatal, já relativizada pela realidade econômica mundial. Para conservar a soberania e a independência é necessário abrir as portas para a negociação e o diálogo. Conviver é a palavra chave. A diplomacia com maleabilidade, talvez uma redundância, aceita o sistema, torna o terreno mundial menos árido e inibe, com maior sucesso, a ação de grupos extremistas. A saída é pelo jogo da inteligência e da sedução: compreensão, assimilação, entendimento, percepção. Estamos a caminho da era do espírito.

Defende o citado teórico que a construção de muros altos para separar povos, como na Alemanha e em Israel, ou “determinar ataques para manter o domínio ou expandi-lo é a estratégia da força e não a força da estratégia”, sobretudo em razão de que a primeira lesa “os princípios internacionais de convivência, de humanismo, de busca da paz; destrói”, enquanto a segunda depende “do uso da inteligência e poderá, também, contrariar normas, mas encontrará obstáculos maiores e a tendência será compor, administrar, redefinir metas” (HUSEK, 2004, p. 236).

Assim, faz-se necessário o aprimoramento do sistema internacional, sendo certo que a criação dos Tribunais internacionais, sob a égide de princípios perfilhados e aceitos, nascidos da harmonia, de uma realidade mundial de paz, de sobrevivência, independentemente de raça, credo religioso e concepção político-ideológica, cumpre parte desse encargo, contrapondo-se à ideia de Tribunais de Guerra, concebidos pelos vencedores, na injunção de razões políticas. Nessa linha de pensamento, mostram-se acertadas as palavras de Husek (2004, p. 236-237), sobretudo quanto à solução dos conflitos internacionais:

Para o Estado dá-se ênfase às soluções negociadas; não causam submissão e são mais duradouras. Para o ser humano ou grupo de pessoas que quebram as regras do trato social, de forma abrupta e com consequências sérias, a solução judiciária é a prática dos Estados e parece ser o caminho no Direito Internacional. Algumas tentativas ocorreram ao longo da história, que pecaram pela base, pelo motivo da criação. Outras, como o Tribunal de Tóquio e o de Nuremberg, buscaram o

março de 2015, que: “[...] as destruições do meio ambiente não podem ser consideradas pelo Tribunal, a não ser que sejam cometidas tendo em vista a efetivação de um dos quatro crimes de sua competência: genocídio, crime contra a humanidade, crime de guerra ou crime de agressão à paz”’. (D’ADESKY, 2020).

estabelecimento de comandos sentenciais exemplares que pudessem impor a futuros desrespeitadores dos direitos fundamentais e dos princípios de convivência, o medo de agir mal. Soluções de urgência, também, vieram à tona, como os Tribunais *ad hoc* de Ruanda e da Iugoslávia, para julgamento dos crimes cometidos nos respectivos territórios. Tais tribunais são bem diferenciados dos Tribunais que cuidam dos atos e litígios dos Estados, como a Corte Internacional de Justiça ou o Tribunal da Comunidade Européia. Contudo, o princípio é o mesmo: a solução por intermédio de um corpo de Juízes.

Segundo doutrina nacional (D'ADESKY, 2020, no prelo), “o valor fundamental que sustenta a humanidade é, antes de tudo, a proteção da vida ameaçada por assassinatos e genocídios”, porém, consoante a referida doutrina, “esse valor não se limita apenas à vida a ser protegida, pois os crimes contra a humanidade incluem também os estupros, que não são necessariamente seguidos de assassinatos”, sobretudo quando praticados “como meta de uma política de purificação étnica”, compreendendo, também, “os atos de tortura, praticados no contexto de um ataque generalizado ou sistemático, lançado contra uma população civil”, pontuando, nessa linha, a citada teoria (D'ADESKY, 2020, no prelo):

Nesse contexto, convém evocar a jurisprudência do TPII, em 1996, no primeiro julgamento de condenação do caso Erdemovic, ao designar expressamente a humanidade como sujeito de direito – “Diferentemente do direito comum, o objeto do prejuízo não é mais somente a integridade física da vítima, mas a humanidade inteira”. E o TPII acrescenta: “[...] é visada e negada a própria humanidade”. É, portanto, a identidade da vítima, que marca a especificidade do crime contra a humanidade. Em outras palavras, o direito internacional penal deve se fundar sobre os valores comuns, compartilhados pela comunidade internacional. O que era um mito, tende a se tornar uma realidade ainda muito frágil, que falta construir e consolidar.

Nessa contextura, urge pontuar o surgimento de uma nova modalidade de julgamento internacional, em relação às pessoas, isto é, a criação do Tribunal Penal Internacional (TPI), pela Conferência Diplomática Internacional da ONU, realizada em Roma, no dia 17 de julho de 1998, o qual entrou em operação em 1º de julho de 2002, confirmando, assim, “a existência de uma realidade do ser humano, atuando de forma ilícita além das fronteiras de seu país ou mesmo dentro dessa fronteira, mas contra a humanidade” (HUSEK, 2004, p. 237).

Pertinente, nessa linha, a doutrina de Madeira Filho e Callegari (2012, p. 198), citando Morin, Giddens, Bauman e Luhmann, sobre o estágio atual da vida moderna, complexa, líquida e sistemicamente acoplada, ao afirmarem ser imperativa “a ruptura de paradigmas para superação dos mais variados obstáculos epistemológicos que prejudicam o desenvolvimento do pensamento científico”.

A DIGNIDADE HUMANA COMO VALOR CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO

A dignidade da pessoa humana restou alçada à categoria de fundamento da República Federativa do Brasil pela Constituição Federal de 1988 (artigo 1º, inciso III), sendo considerado pela doutrina constitucional como princípio conformador de todo o ordenamento jurídico nacional, constituindo, ao lado do direito à vida, o núcleo essencial dos direitos humanos, seguindo a convergência da comunidade internacional de reconhecer a pessoa humana como o centro e o fim do Direito, valor fundamental dos Estados Democráticos, de consideração ao próximo, no sentido de que todas as pessoas são iguais e têm direito a tratamento da mesma forma digno.²

Nessa contextura, acatada doutrina portuguesa reconhece a dignidade da pessoa humana como núcleo essencial da República (CANOTILHO, 2003, p. 226). A dignidade, nas palavras de Nunes (2009, p. 47), é “o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais”, sendo ela “que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete”. O princípio da dignidade da pessoa humana representa para Sarmento (2000, p. 59-60) “o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e do mercado”.

Nesta direção, autorizada doutrina nacional expressa a importância da dignidade humana, caracterizando-a como “um valor que inspira o sistema jurídico como um todo, é a essência axiológica da norma” e “como princípio-essência que é, não admite concorrência” (DERANI, 2008, p. 242-243). O princípio da dignidade da pessoa humana, nas palavras de Britto (2007, p. 27), apresenta a seguinte acepção:

² Nesse sentido, dispõe o art. 1 da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha: “A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.” Na mesma acepção reza o art. 1º da Constituição da República Portuguesa: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.”

[...]. O princípio jurídico da dignidade da pessoa humana *decola* do pressuposto de que todo ser humano é um microcosmo. Um inverso em si mesmo. Um ser absolutamente único, na medida em que, se é parte de um todo, é também um todo à parte; isto é, **se toda pessoa natural é parte de algo (o corpo social), é ao mesmo tempo um algo à parte**. A exibir na lapela da própria alma o bóton de uma originalidade que ao Direito só compete reconhecer até para se impor como expressão de vida comum civilizada (o próprio Direito a, mais que impor respeito, **se impor ao respeito**, como diria o juiz-poeta sergipano João Fernandes de Britto).

A dignidade da pessoa humana, a toda evidência, está na raiz dos direitos materialmente fundamentais e significa a essência de cada um deles. Representa “a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar” (BARROSO, 2010, p. 252). O princípio da dignidade da pessoa humana, segundo a concepção de Andrade (2004, p. 102), “está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e direitos a prestações sociais”.

A proteção e defesa da dignidade da pessoa humana atingiram importância ímpar nesta quadra histórica, notadamente em razão dos avanços tecnológicos e científicos experimentados pela humanidade. Diante desse cenário, adverte Melo (2008, p. 11) que “o valor ou princípio da dignidade da pessoa humana deve ter sentido de normatividade e cogência e não de meras cláusulas ‘retóricas’ ou de estilo ou de manifestações de bons propósitos”.

Ao escrever sobre a dimensão humana do Direito do Trabalho, ressalta Dutra (2007, p. 59) que se vivencia “um cenário de desigualdade social e miséria, que leva os pais a entregarem uma filha para trabalhar em casa de terceiros, para não vê-la passar pelo sofrimento da fome”, situação esta que, segundo a autora, “explica o porquê da aceitação cultural do trabalho infante-juvenil, a ponto de traduzir-se como justificativa para a sua legitimação”.

Nesse contexto, colige-se no sentido de que a “dignidade é uma qualidade intrínseca da pessoa humana, que não pode ser alienada ou renunciada, existente em todos os seres humanos de forma inerente, independentemente de circunstâncias concretas”, constituindo-se simultaneamente “limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral, além de

possuir uma dimensão defensiva e prestacional”, concebendo-a, ainda, como preexistente ao direito, a ele cabendo o papel “de mero protetor e promotor” (LEITE, 2010, p. 45). Urge registrar, sob essa óptica, a afirmação de Sarlet (2007, p. 50):

Sustenta-se que uma dimensão dúplice da dignidade manifesta-se enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa humana (vinculada à ideia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência), bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada ou até mesmo – e principalmente – quando ausente a capacidade de autodeterminação.

Pode-se coligir, na perspectiva dos direitos humanos, que o “valor da pessoa humana enquanto ‘valor-fonte’ da ordem de vida em sociedade encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem” (LAFER, 1988, p. 20). Destarte, a Constituição Federal de 1988, ao alçar a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado Democrático e Social de Direito, informa a premissa de que o Estado brasileiro existe em função da pessoa humana, vale dizer, a dignidade da pessoa humana é o fim maior do Estado, como se depreende da regra constante do artigo 4º, inciso II, ao inscrever a prevalência dos direitos humanos como um dos princípios norteadores do Brasil nas respectivas relações internacionais. No tema, mostra-se importante colacionar as ideias de Barroso (2010, p. 253):

O princípio da dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios que se pode considerar incorporado ao patrimônio da humanidade, sem prejuízo da persistência de violações cotidianas ao seu conteúdo. Dele se extrai o sentido mais nuclear dos direitos fundamentais, para tutela da liberdade, da igualdade e para a promoção da justiça. No seu âmbito se inclui a proteção do *mínimo existencial*, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute dos direitos em geral. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui, pelo menos: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há, ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos.

Nunes (2009, p. 50), por seu turno, identifica a dignidade da pessoa humana como uma vitória da razão ético-jurídica, resultado da reação a história de barbaridades que, segundo concebe, marca a existência humana. Acresce o autor (NUNES, 2009, p. 50):

Não é à toa que a Constituição Federal da Alemanha Ocidental do pós-guerra traz, também, estampada no seu artigo de abertura que “A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público”. Foi,

claramente, a experiência nazista que gerou a consciência de que se devia preservar, a qualquer custo, a dignidade da pessoa humana.

Ao proceder à análise do princípio da dignidade da pessoa humana sob a concepção metafísica do ser humano, escrito de majestosa estirpe doutrinária o considera como “valor pré-constituente e de hierarquia supraconstitucional – em que se fundamenta a República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º da Carta Política de 1988” (MENDES, COELHO, BRANCO, 2009, p. 172).

Alexy (2008, p. 111-114), ao revés, conquanto não tenha a pretensão de desbotar o princípio da dignidade da pessoa humana, a ele recusa o caráter absoluto, pois o concebe enquanto exequível em graus de realização, isto é, em parte como norma-regra, em outra como norma-princípio, sujeitando-se, no caso concreto, a pesagem em face de outra norma-regra ou ponderação em caso de colisão com outra norma-princípio. Nesse contexto, vale transcrever a afirmativa de Bobbio (2004, p. 19-20):

Inicialmente, cabe dizer que, entre os direitos humanos, como já se observou várias vezes, há direitos com estatutos muito diversos entre si. Há alguns que valem em qualquer situação e para todos os homens indistintamente: são os direitos acerca dos quais há a exigência de não serem limitados nem diante de casos excepcionais, nem com relação a esta ou àquela categoria, mesmo restrita, de membros do gênero humano (é o caso, por exemplo, do direito de não ser escravizado e de não sofrer tortura). Esses direitos são privilegiados porque não são postos em concorrência com outros direitos, ainda que também fundamentais. Porém, até entre os chamados direitos fundamentais, os que não são suspensos em nenhuma circunstância, nem negados para determinada categoria de pessoas, são bem poucos: em outras palavras, são bem poucos os direitos considerados fundamentais que não entram em concorrência com outros direitos também considerados fundamentais, e que, portanto, não imponham, em certas situações e em relação a determinadas categorias de sujeitos, uma opção. Não se pode afirmar um novo direito em favor de uma categoria de pessoas sem suprimir algum velho direito, do qual se beneficiavam outras categorias de pessoas: o reconhecimento do direito de não ser escravizado implica a eliminação do direito de possuir escravos; o reconhecimento do direito de não ser torturado implica a supressão do direito de torturar. Nesses casos, a escolha parece fácil; e é evidente que ficaríamos maravilhados se alguém nos pedisse para justificar tal escolha (consideramos evidente em moral o que não necessita ser justificado).

Ousa-se discordar da concepção que marca de relatividade o princípio da dignidade da pessoa humana, isto por reputá-lo como metajurídico, pré-constitucional, valor fundante da soberania popular, justaposto a todos os bens, valores ou princípios constitucionais e, portanto, de caráter absoluto, insuscetível assim, a dignidade humana, de embater-se com eles, “mas tão-somente consigo mesma, naqueles casos-limite em que dois ou mais indivíduos

– ontologicamente dotados de igual dignidade – entrem em conflitos capazes de causar lesões mútuas a esse valor supremo” (MENDES, COELHO, BRANCO, 2009, p. 174).

Pode-se coligir, nessa contextura, que a concepção moderna do princípio da dignidade da pessoa humana teve como suporte a filosofia de Immanuel Kant, originando teorias éticas suplantadoras do utilitarismo, pois enquanto as coisas têm preço, as pessoas têm dignidade.³

Urge assinalar que no constitucionalismo moderno, com a passagem do Estado liberal ao Estado social, houve a ampliação da igualdade e da liberdade no corpo social. Nessa conjuntura, consoante os escólios de Bonavides (1996, p. 12-13), essa institucionalização representa a “concretização dos direitos fundamentais em sua concepção humanística, universalizadora, de teor mais largo, atada ao estabelecimento e promoção da justiça”. Desse modo, definiram-se consideráveis direitos, com o fito de garantir a “dignidade social e material do ser humano”, mediante o intervencionismo, a patronagem e o paternalismo (BONAVIDES, 1996, p. 203).

Nesse contexto, as constituições contemporâneas consolidaram a justiça social, de modo a assegurar os direitos da personalidade, resguardando o caráter inviolável e inexorável da dignidade humana. Enfim, a dignidade da pessoa humana está no cerne central dos direitos fundamentais, extraíndo-se dela a tutela do mínimo existencial e da personalidade humana, tanto em seu aspecto físico quanto moral.

Destarte, infere-se que a passagem do Estado liberal para o Estado social, com a ampliação dos ideais de liberdade e de igualdade, proporcionou a institucionalização de direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, faz-se primordial a ideia de que, nada obstante o Brasil se submeta à jurisdição do Tribunal Penal Internacional (TPI), nos termos do artigo 5º, § 4º, da Constituição Federal de 1988, a entrega de brasileiro para fins de julgamento pelo aludido Tribunal deve ser analisada sob a perspectiva do

³ “No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como *equivalente*; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade. [...]. Ora a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmo, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador no reino dos fins. Portanto, a moralidade, e a humanidade enquanto capaz de moralidade, são as únicas coisas que têm dignidade” (KANT, 2005, p. 77-78).

humanismo enquanto categoria constitucional contemporânea, tal como delineado nos artigos 4º, inciso II, 5º, inciso LI, e 60, § 4º, inciso IV, da Carta Magna de 1988.

Doutrina constitucional nacional (MENDES, COELHO, BRANCO, 2009, p. 663-664) concebe como delicada a questão da “entrega de brasileiro para julgamento” por parte do Tribunal Penal Internacional, classificando como essencial o debate, exatamente “em face da norma contida no art. 5º, LI, da CF/88, que proíbe a extradição de brasileiros e, por outro lado, do § 4º do mesmo art. 5º da CF/88, a dizer que o Brasil “se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”. Acresce que o próprio “Estatuto de Roma, que instituiu o TPI, em seu art. 102 (Dec. n. 4.388, de 23-9-2002), pretendeu distinguir o instituto da ‘entrega’ daquele da ‘extradição’. Enquanto por ‘entrega’ entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal, nos termos do Estatuto do TPI, por ‘extradição’ entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado, conforme prevista em um tratado, em uma convenção ou no direito interno”.

O PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE SOB A PERSPECTIVA DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

Como se faz cediço, o Tribunal Penal Internacional (TPI), diferentemente dos Tribunais de Nuremberg, Tóquio, Ruanda e ex-Iugoslávia, tem o escopo de permanência, inserindo-se no sistema internacional, sob a perspectiva do que se denominou no Direito Internacional de “Direito Internacional Humanitário”.⁴

Nesse contexto, cumpre registrar que o papel do Tribunal Penal Internacional (TPI), conforme teoria nacional ((D’ADESKY, 2020, no prelo), “é ser complementar às jurisdições penais nacionais”, ou seja, o Tribunal Penal Internacional (TPI) somente poderá exercer sua competência “no caso em que um Estado tenha evitado abrir inquérito ou não tenha intentado uma ação judicial”, tratando-se, pois, do princípio da complementaridade, o qual, consoante referida teoria, “está acompanhado por numerosas garantias, entre as quais o

⁴ “O Direito Internacional Humanitário é um corpo de normas que regra a atuação das partes nos conflitos armados e logo após o término do conflito (escolha dos meios de guerra. Respeito à pessoa, à sua dignidade e desenvolvimento; respeito aos prisioneiros; proteção de feridos e enfermos; proteção dos civis, etc.), baseado em costumes e convenções.” (HUSEK, 2004, p. 239)

direito para os Estados Nacionais, para o réu, e até mesmo para os Estados não partes de contestar a competência do tribunal para o acolhimento do caso”.⁵

Desponta, nesse contexto, quanto ao Brasil, uma tensão entre a ordem constitucional nacional e o Tribunal Penal Internacional (TPI), porquanto a circunstância em que a norma internacional de proteção dos direitos humanos foi evocada apresenta-se como um cerceamento a direitos fundamentais da Constituição estatal. Nesse sentido, traz-se à colação a doutrina de Neves (2014, p. 196-197)

Esse é o caso da colisão entre a Constituição brasileira e o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, que foi adotado em 17 de julho de 1998 e entrou em vigor na ordem internacional em 1º de julho de 2002, tendo sido ratificado pelo Brasil mediante o Decreto Legislativo nº 112, de 2002. Enquanto o artigo 77, nº 1, alínea b, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal, prevê a prisão perpétua (“se o elevado grau da ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado a justificarem”), essa pena é proibida conforme o artigo 5º, inciso XLVII, alínea b, da Constituição Federal. Embora o artigo 5º, § 4º, da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, tenha estabelecido que o “Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”, a questão permanece problemática, tendo em vista que, de acordo com artigo 60, § 4º, inciso IV, do diploma constitucional brasileiro, a vedação de penas de “caráter perpétuo”, incluída no catálogo dos direitos e garantias individuais, não pode ser abolida, pois é cláusula pétrea. Por um lado, a compreensão de direitos humanos pelo direito internacional público parte das preocupações com os crimes escandalosos e chocantes contra a humanidade. Por outro, o ponto de partida da compreensão constitucional brasileira dos direitos fundamentais reside no entendimento de que a prisão perpétua viola os direitos humanos. Uma solução unilateral não é adequada nesse caso. De acordo com os casos precedentes, há a tendência na jurisdição constitucional brasileira de exigir uma condição específica para a extradição do suposto criminoso a ser processado ou do criminoso já condenado pelo Tribunal Penal Internacional (TPI): ele só será entregue se a prisão perpétua for comutada em uma pena de, no máximo, trinta anos. Embora, a rigor, não se trate de extradição na hipótese de uma corte internacional, pois o conceito de extradição refere-se à relação entre Estados, essa solução poderá ser adotada para os casos de pedido ao Brasil da entrega de criminosos, réus ou indiciados ao Tribunal Penal Internacional. Essa é uma solução intermediária, que, embora não seja inteiramente compatível com o Estatuto de Roma, pode ser suportada pelo Tribunal Penal Internacional em uma posição construtiva e disposta ao aprendizado.

Segundo o citado teórico, a questão suscitada poderá tornar-se um tanto quanto precária caso o Supremo Tribunal Federal considere a hipótese como de “extradição” e afirme

⁵ “Observa-se uma diferença fundamental, em relação aos tribunais *ad hoc* (ex-Iugoslávia e Ruanda, por exemplo). Estes últimos têm primazia sobre as jurisdições nacionais, mesmo quando existe um julgamento já em curso, no plano nacional.” (D’ADESKY, 2020)

a respectiva “jurisprudência de não extradição de brasileiros, nos termos do artigo 5º, inciso LI, da Constituição brasileira”, advertindo o referido doutrinador (NEVES, 2014, p. 196-197):

Nesse caso, não seria tão simples a solução do conflito normativo. Porém, não parece correta, como já foi adiantado, a extensão semântica desse preceito, no sentido de que essa proibição valha também para a entrega de criminoso, réu ou indiciado ao TPI, pois a extradição refere-se à relação entre Estados. Sem dúvida, mesmo admitida essa interpretação do conceito de extradição, ainda surgirão novamente problemas pela invocação do artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição, que não permite a abolição de garantias de direitos fundamentais (“cláusulas pétreas”). O rumo dos desenvolvimentos nesse contexto normativo permanece aberto. Não obstante, a disposição para o aprendizado em ambos os lados, mediante a formação de uma rede transversal construtiva, ou seja, o transconstitucionalismo, é decisiva para soluções satisfatórias nessa área de colisão. Internacionalismo e nacionalismo, nessa hipótese, poderão levar a atitudes destrutivas para os direitos humanos ou fundamentais.

Nessa linha de raciocínio, o teórico André de Carvalho Ramos, citado por Husek (2004, p. 243), sustenta que o ato de entrega, o qual recebe o nome de *surrender*, não se confunde com a extradição:

O art. 102 do Estatuto expressamente diferencia a extradição do ato de entrega. A extradição é termo reservado ao ato de cooperação judicial entre Estados soberanos. Já o *surrender* é utilizado no caso específico de cumprimento da ordem internacional de proteção de direitos humanos, como é o caso do Tribunal Penal Internacional.

Colige-se, pois, que a barreira se mostra superável, visto que se trata de *surrender*, em inglês, e *remise* em francês, diferentemente de extradição. Com efeito, observa-se em doutrina nacional (D’ADESKY, 2020, no prelo):

Para evitar o estabelecimento de uma “justiça seletiva”, onde os membros permanentes do Conselho de Segurança da ONU pudessem, eventualmente, controlar a justiça penal internacional, sendo estes ao mesmo tempo excluídos *a priori* do exercício de sua competência, em razão de seu direito de veto em vigor no Conselho de Segurança, o Estatuto do TPI não tem sido imposto pelo Conselho de Segurança, mas negociado pelos Estados. Essa situação, engendrou uma constante tensão entre a lógica de uma justiça penal internacional e uma lógica de soberania. Essa tensão se reflete nas disposições definidas em referência à complementaridade do TPI, aos mecanismos para acioná-lo e às condições restritivas do exercício da sua competência.

Nesse contexto, autorizada doutrinadora nacional, após defender a responsabilidade principal dos Estados nacionais no que se refere ao julgamento de sujeitos por violação dos

direitos humanos, aponta os pressupostos nos quais a atuação do Tribunal Penal Internacional (TPI) mostrar-se-ia legítima (PIOVESAN, 2008, p. 223-224):

Surge o Tribunal Penal Internacional como aparato complementar às cortes nacionais, com o objetivo de assegurar o fim da impunidade para os mais graves crimes internacionais, considerando que, por vezes, na ocorrência de tais crimes, as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na realização da justiça. Afirma-se, desse modo, a responsabilidade primária do Estado com relação ao julgamento de violações de direitos humanos, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária. Vale dizer, a jurisdição do Tribunal Internacional é adicional e complementar à do Estado, ficando, pois, condicionada à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno. O Estado tem, assim, o dever de exercer sua jurisdição penal contra os responsáveis por crimes internacionais, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária. Como enuncia o art. 1º do Estatuto de Roma, a jurisdição do Tribunal é adicional e complementar à do Estado, ficando condicionada à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno. Dessa forma, o Estatuto busca equacionar a garantia do direito à justiça, o fim da impunidade e a soberania do Estado, à luz do princípio da complementaridade e do princípio da cooperação.

Nessa linha de raciocínio, extrai-se da doutrina de Barreto (2014, p. 17-18) que a “Constituição pode ser vista no plano *jurídico-normativo* ou no plano *fático-político*”, pois “a Constituição sofre os mesmos influxos da vida social e política na qual está inserida”, aproximando-se os conceitos transcritos da ideia do designado “constitucionalismo moderno, movimento que teve início na Inglaterra, no século XIII, e universalizou-se a partir da França do século XVIII”, tendo significado, “nos seus primórdios, um movimento de *contenção do poder*: a luta da *Constituição-garantia* contra o *Estado Absoluto*”.⁶ Acresce a citada doutrina (BARRETO, 2014, p. 17-18):

É voz corrente que as Constituições desse período preocupavam-se em serem *garantia* – daí a ênfase na contenção do poder – muito mais que efetivamente *compromisso* com a satisfação das necessidades dos indivíduos e das coletividades. Passados mais de três séculos, os Estados e as sociedades mudaram as Constituições, sobretudo quantitativa e qualitativamente. Com efeito, uma Constituição que se equilibra entre as *pretensões de estabilidade* e de *mudança* não pode prescindir de mecanismos *formais* e *informais* de atualização.

Ao apontar o futuro do direito, Grau (2008, p. 316), citando Jacques Derrida, conclui:

⁶ “O *constitucionalismo*, na opinião de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, significava que ‘a comunidade política é originária de um contrato, o qual é fonte da autoridade. Há direitos naturais do homem anteriores à sociedade, e, pelo contrato social esta se obriga a protegê-los e garanti-los contra qualquer arbítrio (...)’ e visava ‘(...) a educação cívica do cidadão pela proclamação dos seus direitos; a superioridade da lei escrita sobre o costume.’” (BARRETO, 2014, p. 18)

O tempo passou, e ao modismo dos princípios, após sua aterradora banalização, seguiu-se o da hermenêutica, da qual todos tratam com injustificada familiaridade. Criaturas do direito formal, os juristas permanecem presos à dogmática da subsunção, uma enorme distância apartando os discursos que repetem da prática dos tribunais. Passam à margem de uma incisiva observação de Jacques Derrida, que me permito reproduzir: a decisão justa há de, para ser justa, ser conforme a uma lei preexistente; mas a interpretação dessa lei, que a decisão pressupõe, há de ser reinstauradora, reinventiva, livre; daí que a decisão justa há de ser a um tempo só regrada e sem regra, há de conservar a regra (a lei, *rectius* o direito) e destruí-la ou suspendê-la para reinventá-la em cada caso; cada caso é um caso \neg prossegue Derrida \neg , cada decisão é diferente e requer uma interpretação absolutamente única, que nenhuma regra existente ou codificada pode nem deve absolutamente garantir.

Portanto, pode-se concluir que, ao Tribunal Penal Internacional (TPI), falece preferência sobre as jurisdições nacionais, porquanto detém apenas competência complementar ou subsidiária, sobretudo diante do humanismo enquanto valor constitucional contemporâneo.

Nessa linha de raciocínio, independentemente da discussão em razão da norma inscrita no artigo 5º, inciso LI, da Constituição Federal de 1988, que proíbe a extradição de brasileiros e, por outro lado, do § 4º do mesmo artigo 5º da Carta Magna, no sentido de que o Brasil “se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”, enquanto decorrência do instituto da cooperação judiciária internacional, articula-se a possibilidade de invocação por parte do nacional do direito subjetivo de que seja submetido à jurisdição do Estado brasileiro previamente à entrega ao Tribunal Penal Internacional (TPI), como corolário do humanismo enquanto categoria constitucional contemporânea.

CONCLUSÃO

A nova realidade das sociedades humanas, fundada nos valores de liberdade e igualdade, os quais estimularam a concepção de variadas declarações de direitos e de constituições democráticas, sobretudo a partir de 1776, a despeito de as sociedades humanas seguirem intensamente desiguais, especialmente no que se refere ao acesso à educação, à saúde, à alimentação e ao trabalho digno, houve por instigar a criação do Tribunal Penal Internacional (TPI), nomeadamente sob a égide da dignidade da pessoa humana e independentemente da origem nacional, raça, gênero, cor, religião e concepção política, como

uma nova possibilidade de julgamento internacional, em relação às pessoas, dissolvendo a ideia de soluções de urgência, como ocorrera em outras quadras históricas.

Presente, então, uma tensão transconstitucional entre o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (TPI) e o regime constitucional brasileiro, conjectura-se plausível uma solução da tensão calcada na aplicação subsidiária da competência do Tribunal Penal Internacional (TPI), porquanto parece viável a concepção de que não tem primazia sobre as jurisdições nacionais, mas apenas competência complementar.

Espera-se, destarte, nessa perspectiva, sobretudo em razão das diretrizes veiculadas pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, proclamando, nos artigos I e II, a igual liberdade e dignidade em direitos de todos os seres humanos, independentemente de sua origem nacional, de seu sexo, de sua raça, de sua cor, de sua religião, de sua opinião política, a concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, a evitar que o internacionalismo e o nacionalismo, na hipótese de estudo, possam levar a posições destrutivas para os direitos humanos ou fundamentais.

Almeja-se, portanto, a obtenção de uma resposta positiva, no sentido de que carece, ao Tribunal Penal Internacional (TPI), primazia sobre as jurisdições nacionais, porquanto detém apenas competência complementar ou subsidiária.⁷

Conclui-se que, como decorrência do humanismo enquanto categoria constitucional contemporânea e independentemente do debate em razão dos institutos da “entrega” e da “extradição”, assiste ao nacional o direito de submeter-se à jurisdição do Estado brasileiro previamente à entrega ao Tribunal Penal Internacional (TPI).

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Bonn: Conselho Parlamentar, 1949. Disponível em:

⁷ Grau (2008, p. 44), nesse sentido, após observar que o direito é produzido a partir de múltiplas interrelações, compreendeu “a necessidade de o pensarmos dialeticamente, estudando-o em movimento, em constante modificação, formação e destruição – isto é, como de fato ocorre na realidade concreta”.

<http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf> Acesso em: 10 out. 2011.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de [Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 2004.

BARRETO, Helder Girão. Direitos indígenas: vetores constitucionais. Curitiba: Juruá, 2014.

BARROSO, Luiz Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

BRITTO, Carlos Ayres. O humanismo como categoria constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. ed. Lisboa: Almeida, 2003.

D'ADESKY, Jacques. “Genocídio, crimes contra a humanidade, territorialidade e justiça nacional de competência universal”, Uma breve história do racismo. Intolerâncias, Genocídio e Crimes contra a Humanidade. Rio de Janeiro: Cassará Editora, no prelo, 2020. XXIX.

DERANI, Cristiane. Direito ambiental econômico. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

HUSEK, Carlos Roberto. Curso de direito internacional público. 5. ed. São Paulo: LTr, 2004.

KANT, Immanuel. Fundamentação à metafísica dos costumes. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2004.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra Leite. Direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MADEIRA FILHO, Wilson; CALLEGARI, José Antonio. Formação do espírito científico interdisciplinar: a produção solidária do conhecimento. Confluências, Niterói, v. 12, n. 2, p. 193-212, out. 2012.

MELO, Raimundo Simão de. Dignidade humana e o meio ambiente do trabalho. Amatra 1: no Mérito, Rio de Janeiro, Ano XIII, n. 37, 8-18, abril 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a corte internacional de direitos humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. Revista de informação legislativa, v. 51, n. 201, p. 193-214, jan./mar. 2014.

NUNES, Rizzatto. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 9. ed. Sao Paulo: Saraiva, 2008.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Lisboa: Assembléia Constituinte, 1976. Disponível em:
< <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> >
Acesso em: 10 out. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.