

PETIÇÃO 4.625-1 REPÚBLICA DO SUDÃO

REQUERENTE(S) : TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL (ESTATUTO DE ROMA)

REQUERIDO(A/S) : OMAR HASSAN AHMAD AL BASHIR OU OMAR AL BASHIR OU OMAR AL-BASHIR OU OMER HASSAN AHMED EL BASHIRE OU OMAR AL-BESHIR OU OMAR EL-BASHIR OU OMER ALBASHEER OU OMAR ELBASHIR OU OMAR HASSAN AHMAD EL-BÉSHIR (PRESIDENTE DO SUDÃO)

EMENTA: ESTATUTO DE ROMA. INCORPORAÇÃO DESSA CONVENÇÃO MULTILATERAL AO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO BRASILEIRO (DECRETO N° 4.388/2002). INSTITUIÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. CARÁTER SUPRA-ESTATAL DESSE ORGANISMO JUDICIÁRIO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE (OU DA SUBSIDIARIEDADE) SOBRE O EXERCÍCIO, PELO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL, DE SUA JURISDIÇÃO. COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E AUXÍLIO JUDICIÁRIO: OBRIGAÇÃO GERAL QUE SE IMPÕE AOS ESTADOS PARTES DO ESTATUTO DE ROMA (ARTIGO 86). PEDIDO DE DETENÇÃO DE CHEFE DE ESTADO ESTRANGEIRO E DE SUA ULTERIOR ENTREGA AO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL, PARA SER JULGADO PELA SUPOSTA PRÁTICA DE CRIMES CONTRA A HUMANIDADE E DE GUERRA. SOLICITAÇÃO FORMALMENTE DIRIGIDA, PELO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL, AO GOVERNO BRASILEIRO. DISTINÇÃO ENTRE OS INSTITUTOS DA ENTREGA ("SURRENDER") E DA EXTRADIÇÃO. QUESTÃO PREJUDICIAL PERTINENTE AO RECONHECIMENTO, OU NÃO, DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA EXAMINAR ESTE PEDIDO DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL. CONTROVÉRSIAS JURÍDICAS EM TORNO DA COMPATIBILIDADE DE DETERMINADAS CLÁUSULAS DO ESTATUTO DE ROMA EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. O § 4º DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO, INTRODUZIDO PELA EC N° 45/2004:

CLÁUSULA CONSTITUCIONAL ABERTA
DESTINADA A LEGITIMAR, INTEGRALMENTE,
O ESTATUTO DE ROMA? A EXPERIÊNCIA DO
DIREITO COMPARADO NA BUSCA DA
SUPERACÃO DOS CONFLITOS ENTRE O
ESTATUTO DE ROMA E AS CONSTITUIÇÕES
NACIONAIS. A QUESTÃO DA IMUNIDADE DE
JURISDIÇÃO DO CHEFE DE ESTADO EM FACE
DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL:
IRRELEVÂNCIA DA QUALIDADE OFICIAL,
SEGUNDO O ESTATUTO DE ROMA (ARTIGO 27).
MAGISTÉRIO DA DOCTRINA. ALTA RELEVÂNCIA
JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE DIVERSAS
QUESTÕES SUSCITADAS PELA APLICAÇÃO
DOMÉSTICA DO ESTATUTO DE ROMA.
NECESSIDADE DE PRÉVIA AUDIÊNCIA DA DOUTA
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA.

DESPACHO DO SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Este despacho é por mim proferido em face da ausência eventual, nesta Suprema Corte, do eminente Ministro-Presidente e de seu substituto regimental (fls. 106), justificando-se, em conseqüência, a aplicação da norma inscrita no art. 37, I, do RISTF.

Submete-se, ao Supremo Tribunal Federal, o exame de pedido de cooperação judiciária que objetiva a detenção - para ulterior entrega ao Tribunal Penal Internacional - de determinado Chefe de Estado estrangeiro, em pleno exercício de suas funções como Presidente da República de um país africano.

Trata-se de pedido de "cooperação internacional e auxílio judiciário" formulado pelo Tribunal Penal Internacional, instituído pelo Estatuto de Roma, cujo Artigo 89 confere, a esse Tribunal (com sede em Haia), legitimação para dirigir, "a qualquer Estado", pedido de detenção e entrega de uma pessoa a quem se haja imputado a suposta prática dos delitos incluídos na esfera de competência de referido Tribunal, que são aqueles "de maior gravidade com alcance internacional", expressamente referidos no Artigo 5º dessa mesma convenção multilateral: (a) o crime de genocídio, (b) os crimes contra a humanidade, (c) os crimes de guerra e (d) o crime de agressão.

A matéria veiculada nesta sede processual suscita reflexões em torno do Tribunal Penal Internacional e do Estatuto de Roma, ainda mais em face das diversas objeções que têm sido expostas por eminentes doutrinadores e que assim foram resumidas por MARCOS ALEXANDRE COELHO ZILLI, MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA e CLEUNICE VALENTIM BASTOS PITOMBO ("Anotações sobre o Seminário Internacional: a implementação do Estatuto de Roma no direito interno e outras questões de direito penal internacional", "in" Boletim IBCCRIM, Ano 12, nº 139/2-3, jun/2004):

"No Brasil, que assinou e ratificou o Estatuto, as indagações têm se voltado para eventual inconstitucionalidade das regras que dizem respeito principalmente: i) às exceções ao princípio da coisa julgada; ii) à desconsideração das imunidades e prerrogativas previstas pelo direito interno; iii) à imprescritibilidade dos crimes internacionais; iv) à possibilidade de entrega de nacionais para julgamento perante o Tribunal Penal Internacional; v) à previsão de prisão perpétua; vi) à ausência de fixação de sanções penais para os crimes internacionais." (grifei)

Cabe registrar, preliminarmente, que o Estatuto de Roma, celebrado em 17/07/1998, que instituiu o Tribunal Penal Internacional, acha-se formalmente incorporado ao ordenamento positivo interno do Estado brasileiro desde a sua promulgação pelo Decreto nº 4.388, de 25/09/2002.

O Estatuto de Roma, buscando viabilizar a sua integral aplicação no âmbito interno dos Estados nacionais que hajam subscrito ou aderido a essa convenção multilateral, estabelece, em seu Artigo 88, que os Estados Partes deverão instituir, no plano doméstico, "procedimentos aplicáveis a todas as formas de cooperação especificadas" em referido Estatuto.

Em consequência dessa cláusula convencional, o Senhor Presidente da República, por meio da Mensagem n. 700, de 17/09/2008, encaminhou, ao Congresso Nacional, Projeto de Lei que "Dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional, e dá outras providências", proposição legislativa essa que presentemente tramita, na Câmara dos Deputados, como PL n. 4.038/2008.

O projeto de lei em questão foi assim justificado na Exposição de Motivos Interministerial nº 18 SEDH-PR/MJ/MRE/AGU:

"O Brasil assinou (...) o Estatuto de Roma que cria o Tribunal Penal Internacional (TPI), instituição permanente e complementar às jurisdições penais nacionais, com competência para julgar indivíduos responsáveis pelos crimes de genocídio, guerra e contra a humanidade.

2. Após a aprovação de seu texto pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 112, de 6 de junho de 2002, o referido ato internacional passou a vigorar, para o Brasil, em 1º de setembro de 2002. Desde então, faz-se necessária a regulamentação dos tipos penais criados pelo Estatuto de Roma e ainda não previstos em nosso ordenamento jurídico interno.

3. Com exceção do crime de genocídio, já tipificado em lei própria, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade ainda não são previstos em nossa legislação e demandam regulamentação legal.

4. Desse modo, com o intuito de incorporar o Estatuto de Roma ao ordenamento jurídico nacional, e assim dar cumprimento ao compromisso internacional assumido pelo Estado brasileiro, a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República instituiu, sob sua coordenação, Grupo de Trabalho (GT) de que resultou a elaboração do Projeto de Lei que 'dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional e dá outras providências'.

5. Após quase quatro anos de dedicação e afincos, os membros do Grupo, composto por renomados juristas representantes do Ministério Público Militar, do Ministério das Relações Exteriores, Ministério Público Federal, da Advocacia Geral da União, da Casa Civil, do Senado Federal e do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), apresentam como resultado o referido Projeto de Lei, acompanhado de uma exaustiva justificativa que fazemos questão de incluir como anexo desta Exposição de Motivos, pelo seu valor não só jurídico, mas também acadêmico.

6. O presente Projeto de Lei tem como propósito possibilitar o exercício da jurisdição primária pelo Estado brasileiro e viabilizar a cooperação com o Tribunal Penal

*Internacional. **Assegura-se**, assim, que, em nenhuma hipótese, uma pessoa ou um crime internacional sujeito à jurisdição penal brasileira renda ensejo à atuação da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, pois se dota o País dos instrumentos jurídicos necessários ao cumprimento de suas obrigações internacionais.*

7. Por fim, ressaltamos a valiosa contribuição recebida do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV), especialmente no que diz respeito ao artigo 39 e ao parágrafo único do artigo 58, permitindo que o texto do Projeto de Lei contemplasse, de maneira mais abrangente, dispositivos previstos no direito humanitário internacional." (grifei)

O Tribunal Penal Internacional constitui organismo judiciário de caráter permanente, investido de jurisdição penal que lhe confere poder para processar e julgar aqueles que hajam praticado (ou tentado praticar) delitos impregnados de extrema gravidade, com repercussão e transcendência internacionais, como o são os crimes de genocídio, de guerra, de agressão e contra a humanidade.

Essa Alta Corte judiciária, dotada de independência e de personalidade jurídica internacional (o que lhe permite celebrar acordos e assumir direitos e obrigações com quaisquer outros sujeitos de direito internacional público, mesmo com aqueles que não sejam partes do Estatuto de Roma), qualifica-se como tribunal revestido de caráter supra-estatal (NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, "Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional", p. 141, item n. 85, 2006, RT, v.g.), cuja competência penal - vinculada, materialmente, aos crimes referidos no Artigo 5º desse mesmo Estatuto - só pode ser legitimamente exercida, considerada a jurisdição doméstica dos Estados nacionais, com estrita observância do postulado da complementaridade (ou da subsidiariedade).

Daí a observação de FLÁVIA PIOVESAN ("Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional", p. 223/224, 9ª ed., 2008, Saraiva), que, após acentuar a responsabilidade primária dos Estados nacionais quanto ao julgamento de transgressões aos direitos humanos, assinala as condições em que se legitima o exercício, sempre em caráter subsidiário, da jurisdição pelo Tribunal Penal Internacional:

"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." (grifei)

Impende acentuar, ainda, tendo-se presente a perspectiva da autoria dos crimes submetidos à competência jurisdicional do Tribunal Penal Internacional, que o Estatuto de Roma submete, à jurisdição dessa Alta Corte judiciária, qualquer pessoa que haja incidido na prática de crimes de genocídio, de guerra, contra a humanidade ou de agressão, independentemente de sua qualidade oficial (Artigo 27).

Na realidade, o Estatuto de Roma, ao assim dispor, proclama a absoluta irrelevância da qualidade oficial do autor dos crimes submetidos, por referida convenção multilateral, à esfera de jurisdição e competência do Tribunal Penal Internacional.

Isso significa, portanto, em face do que estabelece o Estatuto de Roma em seu Artigo 27, que a condição política de Chefe de Estado, como sucede no caso em exame, não se qualifica como causa excludente da responsabilidade penal do agente nem fator que legitime a redução da pena cominada aos crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra e de agressão.

É de observar, neste ponto, que a cláusula de "irrelevância da qualidade oficial" do autor de referidos delitos, inscrita no

Artigo 27 do Estatuto de Roma, põe em destaque questão das mais expressivas, considerado o aspecto pertinente à denominada imunidade soberana dos dignitários dos Estados nacionais (como os Chefes de Estado e de Governo, os Ministros de Estado e os membros do Congresso Nacional).

Vale lembrar, quanto a essa matéria, que a Corte Internacional de Justiça - principal organismo judiciário do sistema das Nações Unidas (JOSÉ CRETELLA NETO, "Teoria Geral das Organizações Internacionais", p. 188/189, item IV.1.6.2, 2ª ed., 2007, Saraiva; MARCELO PUPE BRAGA, "Direito Internacional Público e Privado", p. 137, item n. 7.9, 2009, Método; HILDEBRANDO ACCIOLY, GERALDO EULÁLIO DO NASCIMENTO E SILVA e PAULO BORBA CASELLA, "Manual de Direito Internacional Público", p. 401/402, item n. 3.1.1.3, 17ª ed., 2009, Saraiva, v.g.) -, em julgamento realizado em 14/02/2002, concernente à decretação, por um magistrado belga, da prisão do Ministro das Relações Exteriores congolês, então no pleno exercício de suas funções, reafirmando velho dogma do direito internacional consuetudinário, decidiu que essa ordem de prisão e a sua correspondente "circulação internacional" constituíam violação ao direito internacional, por implicarem desrespeito à inviolabilidade pessoal e à imunidade de jurisdição penal de que dispunha aquela autoridade estrangeira, em face da jurisdição doméstica do Judiciário do Reino da Bélgica.

Ocorre, no entanto, como precedentemente assinalado, que, de acordo com o Estatuto de Roma, mostra-se irrelevante, para fins de "persecutio criminis", a condição política do agente, que não poderá opor, ao Tribunal Penal Internacional, ainda que se cuide de Chefe de Estado ou de Governo, a denominada "sovereign immunity" ou "crown immunity", tal como estipula, expressamente, o Artigo 27 dessa convenção multilateral, que assim dispõe:

"Irrelevância da Qualidade Oficial

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

2. As imunidades ou normas de procedimento especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa, nos termos do direito interno ou do direito internacional, não deverão

obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa." (grifei)

Não é por outro motivo que o Artigo 27 do Estatuto de Roma tem ensejado controvérsia, notadamente porque há aqueles que, invocando o modelo de *Westphalia*, implementado a partir de 1648, sustentam a tese do caráter absoluto da soberania estatal (o que inviabilizaria o exercício, pelo Tribunal Penal Internacional, de sua jurisdição), em oposição aos que não só conferem dimensão relativa à noção de soberania do Estado, mas sobretudo justificam referida cláusula convencional (Artigo 27) a partir da idéia, hoje positivada no art. 4º, inciso II, de nossa Constituição, da "prevalência dos direitos humanos", valendo mencionar, no ponto, as observações de CARLOS EDUARDO ADRIANO JAPIASSÚ ("O Direito Penal Internacional", p. 115/116, item n. 4.3, 2009, Del Rey):

"Note-se que os crimes de competência do Tribunal Penal Internacional, de maneira geral, são cometidos por indivíduos que exercem determinada função estatal. Desta forma, a regra do Artigo 27 do Estatuto de Roma busca evitar que aqueles se utilizem dos privilégios e das imunidades que lhes são conferidos pelos ordenamentos internos como escudo para impedir a responsabilização em face dos crimes internacionais. Por fim, entende-se que o princípio da prevalência dos direitos humanos, insculpido no Artigo 4º, II, da Constituição Federal, 'permite implicitamente que haja restrições às imunidades usualmente concedidas a funcionários no exercício de sua atividade funcional em casos de violações a direitos humanos, não colidindo, por conseguinte, com o artigo 27 do Estatuto de Roma'." (grifei)

Cabe registrar, de outro lado, que este pedido de cooperação e auxílio judiciário não se confunde com a demanda extradicional, consideradas as notas que distinguem o instituto da entrega ("surrender") ao Tribunal Penal Internacional daquele referente à extradição.

Com efeito, o próprio Estatuto de Roma estabelece, em seu texto, clara distinção entre os referidos institutos - o da entrega ("surrender" / "remise") e o da extradição -, fazendo-o, de modo preciso, nos seguintes termos:

"Artigo 102
Termos Usados

Para os fins do presente Estatuto:

a) Por 'entrega', entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal, nos termos do presente Estatuto.

b) Por 'extradição', entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado, conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno." (grifei)

Vê-se, daí, que, embora a entrega de determinada pessoa constitua resultado comum a ambos os institutos, considerado o contexto da cooperação internacional na repressão aos delitos, 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, ainda que revestidos de personalidade jurídica de direito internacional público, como o Tribunal Penal Internacional (Estatuto de Roma, Artigo 4º, n. 1).

Não custa ressaltar, neste ponto, na linha da diretriz jurisprudencial firmada por esta Corte, que o processo de extradição faz instaurar uma relação de caráter necessariamente intergovernamental, o que afasta a possibilidade de terceiros, desvestidos de estatalidade, formularem pleitos de natureza extradicional (RTJ 99/1003, Rel. Min. LEITÃO DE ABREU - Ext 313/Argentina, Rel. Min. LUIZ GALLOTTI - PPE 607/República Italiana, Rel. Min. CELSO DE MELLO):

"Extradição. Pressuposto. Competência.

1. É pressuposto essencial da extradição que seja ela requerida por Governo de país estrangeiro.

2. Pedido não conhecido, visto que formulado por autoridade judiciária estrangeira."

(RTJ 64/22, Rel. Min. BILAC PINTO - grifei)

"Extradição: inadmissibilidade da formulação do pedido por carta rogatória de juiz estrangeiro (...).

1. O processo de extradição passiva só se instaura mediante pedido de governo do Estado estrangeiro. (...)." (grifei)

(RTJ 184/674, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Pleno - grifei)

"- O Supremo Tribunal Federal, no sistema constitucional brasileiro, somente dispõe de competência originária para processar e julgar as extradições passivas, requeridas, ao Governo do Brasil, por Estados estrangeiros. (...).

- Os pedidos de extradição, por envolverem uma relação de caráter necessariamente intergovernamental, somente podem ser formulados por Estados soberanos, falecendo legitimação, para tanto, a meros particulares. Doutrina. Precedentes."

(Ext 955-Tutela Antecipada/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Não constitui demasia enfatizar que esse entendimento - o de que as extradições somente podem ser requeridas por Estados estrangeiros - reflete-se no magistério de autorizados doutrinadores, como resulta claro das lições de CAROLINA CARDOSO GUIMARÃES LISBOA ("A Relação Extradicional no Direito Brasileiro", p. 130/131, item n. 2.2.1, 2001, Del Rey), ALEXANDRE DE MORAES ("Constituição do Brasil Interpretada", p. 299, item n. 5.91, 7ª ed., 2007, Atlas), UADI LAMMÊGO BULOS ("Constituição Federal Anotada", p. 277, 7ª ed., 2007, Saraiva), GILDA MACIEL CORRÊA MEYER RUSSOMANO ("A Extradição no Direito Internacional e no Direito Brasileiro", p. 136, item n. 4, 3ª ed., 1981, RT), YUSSEF SAID CAHALI ("Estatuto do Estrangeiro", p. 363, item n. 27, 1983, Saraiva), ÁLVARO MAYRINK DA COSTA ("Direito Penal - Parte Geral", vol. 1/514-515, item n. 6, 7ª ed., 2005, Forense), e FRANCISCO REZEK ("Direito Internacional Público - Curso Elementar", p. 197, item n. 117, 10ª ed./3ª tir., 2007, Saraiva), dentre outros.

A cláusula constitucional pertinente ao reconhecimento do direito de agir em sede extradicional, mediante formulação do concernente pedido de extradição (CF, art. 5º, inciso LI), confere legitimação, tão-somente, aos Estados soberanos, que poderão, na condição de sujeitos de Direito Internacional Público, deduzir os respectivos pleitos extradicionais.

O aspecto que venho de ressaltar, fundado na identificação do sujeito de direito internacional público legitimado para requerer extradição (apenas Estados soberanos) ou para solicitar, com apoio no Estatuto de Roma, a entrega ou "surrender" (somente o Tribunal Penal Internacional), não só encontra suporte no próprio Estatuto de Roma (Artigo 102, "a" e "b"), como, ainda, tem o beneplácito da doutrina (ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS, "O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira", "in" "Tribunal Penal Internacional", organizado por Fauzi Hassan Choukr e Kai Ambos,

p. 270, item n. 5.2, 2000, RT; CARLOS EDUARDO ADRIANO JAPIASSÚ, "O Tribunal Penal Internacional - A Internacionalização do Direito Penal", p. 209/215, item n. 5, 2004, Lumen Juris; DAVID AUGUSTO FERNANDES, "Tribunal Penal Internacional: a concretização de um sonho", p. 314/319, item n. 6.3, 2006, Renovar), valendo referir, a esse respeito, a precisa lição de VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI ("Curso de Direito Internacional Público", p. 848/849, item n. 6, 3ª ed., 2008, RT):

"A 'entrega' de uma pessoa (qualquer que seja a sua nacionalidade e em qualquer lugar que esteja) ao Tribunal Penal Internacional é um instituto jurídico 'sui generis' nas relações internacionais contemporâneas, em todos os seus termos distinto do instituto já conhecido da 'extradição', que tem lugar entre duas potências estrangeiras visando a repressão internacional de delitos. (...).

.....
Por este motivo é que o Estatuto de Roma, levando em consideração disposições semelhantes de vários textos constitucionais modernos, distingue, claramente, o que entende por 'entrega' e por 'extradição'. Nos termos do seu art. 102, alíneas 'a' e 'b', para os fins do Estatuto entende-se por 'entrega', o ato de o Estado entregar uma pessoa ao Tribunal 'nos termos do presente Estatuto', e por 'extradição', entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado 'conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno' de determinado Estado. Portanto, se a entrega de uma pessoa, feita pelo Estado ao Tribunal, se der 'nos termos do Estatuto de Roma', tal ato caracteriza-se como 'entrega', mas, caso o ato seja concluído, por um Estado em relação a outro, com base no previsto 'em tratado ou convenção ou no direito interno de determinado Estado', neste caso trata-se de 'extradição'." (grifei)

Esse entendimento - que identifica a entrega ("surrender") como forma autônoma de cooperação judiciária internacional no contexto do Estatuto de Roma, distinguindo-a, por isso mesmo, do instituto da extradição - é exposto em precisa análise desenvolvida por PEDRO CAEIRO, ilustre Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra ("O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e a sua incorporação no Direito Português", "in" "O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa", p. 69/157, 2004, Coimbra Editora), que discorreu sobre o instituto

da "entrega" em face das limitações constitucionais que, em Portugal (tanto quanto no Brasil), são impostas à extradição.

Por serem institutos distintos (o da extradição e o da entrega ou "surrender"), inconfundíveis até mesmo em face do próprio Estatuto de Roma (Artigo 102, "a" e "b"), inviável seria a autuação, na espécie, como Extradição, deste pedido de cooperação internacional e auxílio judiciário, justificando-se, em conseqüência, a classificação processual como Petição, prevista, em caráter residual, no art. 55, inciso XVIII, c/c o art. 56, inciso IX, ambos do RISTF.

Feitas as considerações que me parecem relevantes, passo a examinar o pedido transmitido, ao Supremo Tribunal Federal, pelo Poder Executivo da União.

Mediante solicitação dirigida ao Governo brasileiro, o Tribunal Penal Internacional pretende que o Brasil adote medidas destinadas a viabilizar a detenção e ulterior entrega de Omar Hassan Ahmad Al Bashir ou Omar Al Bashir ou Omar Al-Bashir ou Omer Hassan Ahmed El Bashire ou Omar Al-Beshir ou Omar El-Bashir ou Omer Albasheer ou Omar Elbashir ou Omar Hassan Ahmad El-Béshir, Presidente da República do Sudão, em razão da suposta prática, por referido Chefe de Estado, de crimes de guerra e de crimes contra a humanidade tipificados nos Artigos 7º e 8º do Estatuto de Roma.

O Tribunal Penal Internacional, na fase preliminar do procedimento penal instaurado contra o Presidente da República do Sudão, por vislumbrar satisfeitos os requisitos e as condições a que se refere o Artigo 58 do Estatuto de Roma, fez expedir ordem de detenção e entrega de mencionado Chefe de Estado, encaminhando-a a todos os "Estados Partes do Estatuto de Roma" (fls. 07) e dirigindo-se, para tal fim, ao Senhor Embaixador do Brasil no Reino dos Países Baixos (fls. 06), para solicitar, ao Estado brasileiro, a execução do pedido de cooperação em causa.

É de assinalar - considerado o que dispõe o Artigo 13, "b", do Estatuto de Roma - que os atos de persecução penal referentes ao conflito em Darfur/Sudão, objeto do procedimento instaurado perante o Tribunal Penal Internacional, resultaram de deliberação do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, consubstanciada na Resolução nº 1.593, de 31/03/2005.

O fato de a pessoa ora reclamada ostentar, presentemente, a condição institucional de Chefe de um Estado soberano não

constituiria, na perspectiva do Estatuto de Roma, obstáculo à execução, pelo Governo do Brasil, da detenção e ulterior entrega de referido Chefe de Estado ao Tribunal Penal Internacional, desde que essa pessoa esteja ou venha a ingressar em território brasileiro.

Impende registrar que este é o primeiro pedido de detenção e entrega de Presidente da República de outro Estado soberano (a República do Sudão, no caso), em pleno exercício de seu mandato, encaminhado pelo Tribunal Penal Internacional ao Governo brasileiro, a demonstrar a alta relevância do tema e a necessidade de discussão, por esta Suprema Corte, de diversas questões que emanam da análise concreta deste pleito, tais como:

- o reconhecimento, ou não, da competência originária do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria em causa;
- a possibilidade de entrega da pessoa reclamada, ao Tribunal Penal Internacional, pelo Governo do Brasil, considerado o modelo constitucional entre nós vigente (CF, art. 5º, XLVII, "b"), nos casos em que admissível, pelo Estatuto de Roma, a imposição da pena de prisão perpétua (Artigo 77, n. 1, "b");
- a imprescritibilidade de todos os crimes previstos no Estatuto de Roma (Artigo 29);
- a impossibilidade de invocação, por Chefe de Estado, de sua imunidade de jurisdição em face do Tribunal Penal Internacional (Estatuto de Roma, Artigo 27);
- a questão pertinente às relações entre o Estatuto de Roma (que descreve os denominados "*core crimes*"), complementado pelo Anexo referente aos "*Elements of Crimes*", adotado em 09/09/2002, e o postulado constitucional da reserva de lei formal em matéria de definição (que há de ser prévia) de tipos penais, bem assim das respectivas sanções, notadamente em face da indeterminação das penas por parte do Estatuto de Roma, eis que não foram por ele cominadas de modo específico e correspondente a cada tipo penal;
- o reconhecimento, ou não, da recepção, em sua integralidade, do Estatuto de Roma pela ordem constitucional brasileira, considerado o teor do § 4º do art. 5º da Constituição, introduzido pela EC nº 45/2004.

Quanto a esse último tópico, cabe assinalar que se registram algumas dúvidas em torno da suficiência, ou não, da

cláusula inscrita no § 4º do art. 5º da Constituição, para efeito de se considerarem integralmente recebidas, por nosso sistema constitucional, todas as disposições constantes do Estatuto de Roma, especialmente se se examinarem tais dispositivos convencionais em face das cláusulas que impõem limitações materiais ao poder reformador do Congresso Nacional (CF, art. 60, § 4º).

É importante enfatizar, neste ponto, que as dúvidas concernentes às relações entre o Estatuto de Roma, de um lado, e as regras da Constituição da República protegidas pelas cláusulas pétreas, de outro, são explicitamente reconhecidas e apontadas por diversos autores (JOSÉ AFONSO DA SILVA, "Comentário Contextual à Constituição", p. 181/182, 6ª ed., 2009, Malheiros; ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS, "Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira", "in" "Tribunal Penal Internacional", organizado por Fauzi Hassan Choukr e Kai Ambos, p. 267/274, item n. 5.2, 2000, RT; VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, "Curso de Direito Internacional Público", p. 847/856, item n. 6, 3ª ed., 2008, RT; ANA LÚCIA SABADELL e DIMITRI DIMOULIS, "Tribunal Penal Internacional e Direitos Fundamentais: Problemas de Constitucionalidade", "in" Cadernos de Direito, vol. 3, n. 5/241-259, 2003, UNIMEP; CEZAR ROBERTO BITENCOURT, "Pena de Prisão Perpétua", "in" "Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários", nº 1, vol. 11/41-47, 1997; LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, "Pena de Prisão Perpétua", "in" "Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários", nº 1, vol. 11/37-40, 1997; SYLVIA HELENA F. STEINER, "O Estatuto de Roma e o Princípio da Legalidade", "in" Boletim IBCCRIM, Ano 11, Edição Especial, p. 17/19, out/2003; DAVID AUGUSTO FERNANDES, "Tribunal Penal Internacional: a concretização de um sonho", p. 303/321, 2006, Renovar; ENEIDA ORBAGE DE BRITTO TAQUARY, "Tribunal Penal Internacional e a Emenda Constitucional 45/04 - Sistema Normativo Brasileiro", p. 260/279, itens ns. 4.9 a 4.9.13, 2008, Juruá, v.g.), não obstante alguns desses ilustres doutrinadores busquem soluções compatibilizadoras que viabilizem a aplicação, no plano doméstico, dessa convenção multilateral, como sucede, dentre outros, com CARLOS EDUARDO ADRIANO JAPIASSÚ ("O Direito Penal Internacional", p. 110/125, itens ns. 4 a 5.1.2, 2009, Del Rey), MÁRCIO MEDEIROS FURTADO ("Algumas Consignações Acerca do Tribunal Penal Internacional: Origem, Fundamento, Características, Competência, Controvérsias e Objetivos", "in" Revista dos Tribunais, vol. 783/469-503) e SAULO JOSÉ CASALI BAHIA ("O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira", "in" Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA, vol. 9/64-75, 2001).

Também em PORTUGAL verificou-se igual controvérsia, tanto que a Assembléia da República, quando da Revisão Extraordinária de 2001, optou pela adoção - como relata VITAL MOREIRA ("O Tribunal Penal Internacional e a Constituição", "in" "O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa", p. 13/47, 2004, Coimbra Editora) - de "uma cláusula de remissão global para o Estatuto de Roma", a indicar que "o programa normativo de vários preceitos da Constituição passa a ter de comportar, implicitamente, as exceções decorrentes do TPI (...)" (grifei).

Em consequência de tal opção, o Parlamento português acrescentou, ao Artigo 7º da Constituição nacional, o inciso 7 - verdadeira "cláusula constitucional aberta" -, que possui o seguinte conteúdo normativo:

"Artigo 7º
(Relações Internacionais)

.....
7. Portugal pode, tendo em vista a realização de uma justiça internacional que promova o respeito pelos direitos da pessoa humana e dos povos, aceitar a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, nas condições de complementaridade e demais termos estabelecidos no Estatuto de Roma." (grifei)

Vale referir, neste ponto, as observações que J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, em obra conjunta, fizeram a respeito dessa solução jurídico-constitucional adotada pela Assembléia da República ("Constituição da República Portuguesa Anotada", vol. I/248-250, itens XVI a XIX, 4ª ed., 2007, Coimbra Editora):

"XVI. O nº 7, aditado pela revisão extraordinária de 2001, constitui uma 'cláusula genérica' de recepção do Estatuto de Roma. Esta cláusula transporta várias dimensões: (1) é uma 'cláusula de remissão global' para o Estatuto de Roma, o que implica a constitucionalização de todas as soluções consagradas neste Estatuto, embora discrepantes ou divergentes com as normas da CRP; (2) é uma 'cláusula constitucional aberta', pois remete formalmente para o Estatuto de Roma e não para o concreto conteúdo material actual; (3) é uma 'cláusula de garantia da complementaridade' (subsidiariedade) do TPI em relação aos tribunais nacionais (...).

XVII. A aceitação da jurisdição do Tribunal Penal Internacional («Cláusula TPI») fica sujeita ao 'princípio

da complementaridade' que, de resto, está claramente consagrado no Estatuto de Roma (art. 17º-1/'a'). O Tribunal tem uma intervenção subsidiária, pois só actua quando os Estados demonstrarem não querer actuar ou forem genuinamente incapazes de organizar e promover, eles próprios, a acção penal (...).

XVIII. A constitucionalização expressa, mediante revisão extraordinária, da «cláusula TPI», procurou dar garida normativo-constitucional a várias normas conflitantes com a CRP (e, segundo alguns, com os limites materiais de revisão): (1) as normas de jurisdição do TPI, em contradição com o princípio da soberania judicial do Estado consubstanciado na reserva de jurisdição dos tribunais portugueses (CRP, arts. 11º, 205º a 209º) e na entrega da investigação criminal às autoridades portuguesas; (2) as normas de individualização das penas do Estatuto de Roma em que se consagra a possibilidade de aplicação da pena de prisão perpétua em manifesta colisão com as normas constitucionais proibitivas de tal espécie de pena; (3) as normas do Estatuto de Roma ligadas à extradição e entrega de nacionais para julgamento fora do país, em contradição com as normas dos n.ºs 1, 3 e 4 do art. 37º da Lei Fundamental portuguesa; (4) as normas neutralizadoras da imunidade de titulares de cargos políticos e consagradoras do 'princípio da irrelevância da qualidade oficial' (Estatuto de Roma, art. 27º), em desconformidade com as normas constitucionais referentes a imunidades e prerrogativas penais dos titulares de cargos políticos (cfr. CRP, arts. 130º, 157º e 196º).

XIX. A realização de uma justiça internacional e a aceitação da jurisdição do Tribunal Penal Internacional implicam, para Portugal, a assumpção da obrigação de cooperação relacionada com a realização das diligências de investigação, com a detenção e entrega de pessoas, com a execução das penas de prisão e com os efeitos internos das penas aplicadas pelo TPI. As obrigações de cooperação implicam o 'dever' de os Estados introduzirem nos respectivos ordenamentos internos os mecanismos possibilitadores da cooperação (...)." (grifei)

Iguais dificuldades surgiram em países como a FRANÇA, a BÉLGICA e a ALEMANHA, em que se registraram situações de incompatibilidade entre o Estatuto de Roma e as respectivas Constituições nacionais, tal como esclarecem, em substancioso estudo sobre a matéria, ANA LÚCIA SABADELL e DIMITRI DIMOULIS ("Tribunal

Penal Internacional e Direitos Fundamentais: Problemas de Constitucionalidade", "in" Cadernos de Direito, vol. 3, n. 5/255-256, 2003, UNIMEP):

"(...) Com efeito, já houve em alguns países declaração de inconstitucionalidade do Estatuto de Roma. O 'Conseil Constitutionnel' francês, autoridade de natureza jurisdicional que fiscaliza a constitucionalidade de forma preventiva e concentrada, declarou a inconstitucionalidade parcial do Estatuto de Roma (decisão n. 98-408 de 22.01.1999). Considerou-se que o Estatuto de Roma, assinado pela França, violava normas constitucionais relativas à imunidade do Presidente da República e à preservação da soberania nacional, desrespeitando, também, a legislação nacional sobre a prescrição e a anistia.

Essa declaração de inconstitucionalidade impediu a ratificação do Estatuto de Roma até que o poder constituinte reformador acrescentasse ao texto constitucional francês o art. 53-2 que viabilizou o reconhecimento do TPI, evitando o conflito constitucional (Lei constitucional n. 99-568 de 08.07.1999).

Uma decisão semelhante no conteúdo, mas de natureza consultiva, foi tomada na Bélgica. O 'Conseil d'Etat' belga considerou que algumas previsões do Estatuto de Roma eram incompatíveis com a Constituição daquele país. Em parecer publicado em 21.04.1999, o órgão considerou que, entre outros vícios constitucionais, o Estatuto violava as previsões sobre a imunidade do Rei e de outras autoridades governamentais e restringia indevidamente os efeitos de exercício do direito de graça. Sugeriu-se, assim, que fosse realizada uma revisão constitucional para que o país pudesse honrar suas obrigações internacionais sem violar a Constituição. Contudo, as autoridades belgas negaram-se a realizar a reforma constitucional, e o poder legislativo ratificou o Estatuto de Roma, alegando, de forma paradoxal, que eventuais inconstitucionalidades poderiam ser sanadas em seguida.

Outros países optaram pelo caminho da reforma constitucional antes que houvesse manifestação do poder judiciário no sentido da incompatibilidade constitucional. Esse é o caso da Alemanha, onde a vedação absoluta da extradição de pessoas de nacionalidade alemã foi flexibilizada, mediante a reforma constitucional de outubro de 2000 que permitiu que a lei autorizasse a extradição, depois de pedido de um Estado membro da União europeia ou

de um tribunal internacional, desde que fossem respeitadas as garantias processuais próprias de um Estado de direito (art. 16, 2 da Lei Fundamental).

.....
Não foi diferente a estratégia de compatibilização no Grão-Ducado de Luxemburgo. A Lei Constitucional de 8.8.2002 revisou o art. 118 da Constituição de 1868 no sentido de admitir a jurisdição do TPI." (grifei)

Em suma: essas são algumas das muitas questões que podem ser suscitadas em face da situação concreta veiculada nestes autos e que têm constituído - como ora acentuado - objeto de opiniões doutrinárias contrastantes.

Uma observação final: embora o Estatuto de Roma possibilite a formulação, pelo Tribunal Penal Internacional, de pedido "de detenção e entrega" de uma pessoa contra quem foi instaurado, perante esse organismo judiciário, procedimento penal por qualquer dos crimes referidos no Artigo 5º de mencionada convenção multilateral, impende advertir que esse pleito de cooperação internacional - considerado o que dispõe o Artigo 89, n. 1, desse mesmo Estatuto - há de ser dirigido ao Estado "em cujo território essa pessoa possa se encontrar" (grifei).

É fato notório que o Presidente da República do Sudão não se encontra em território brasileiro, nem se registra a possibilidade de que venha a nele ingressar, o que afastaria o requisito tão claramente enunciado no Artigo 89, n. 1, do Estatuto de Roma.

Por tais razões, entendo essencial a prévia manifestação da douta Procuradoria-Geral da República sobre as questões acima referidas, além de outras que o Ministério Público Federal entender pertinentes, eis que se impõe, ao Brasil, em sua condição de Estado Parte do Estatuto de Roma, a "Obrigaçãõ geral de cooperar" com o Tribunal Penal Internacional (Artigo 86).

2. Oficie-se ao Senhor Ministro de Estado da Justiça e ao Senhor Ministro de Estado das Relações Exteriores, encaminhando-se-lhes cópia do presente despacho.

3. Registro, por necessário, que é de conhecimento geral a existência, contra o Presidente da República do Sudão, de mandado de detenção e entrega expedido por ordem do Tribunal Penal Internacional.

Pet 4.625 / REPÚBLICA DO SUDÃO

A notoriedade desse fato decorre de sua ampla divulgação pelos meios de comunicação nacionais e internacionais, que noticiaram, também, recentíssima declaração emanada da União Africana, que decidiu encerrar a sua cooperação com o Tribunal Penal Internacional, precisamente em razão de referida ordem de captura.

Cabe assinalar, ainda, que a publicidade da expedição do mandado de detenção e entrega do Chefe de Estado em causa, além de amplamente disseminada (como se vê no próprio "site" oficial do Tribunal Penal Internacional), foi reforçada por recentíssimo noticiário veiculado pela imprensa mundial, inclusive em publicações online (www.monitor.co.ug, p. ex.), concernente à visita, a *Kampala* (Uganda), do Procurador Luis Moreno-Ocampo, principal representante do Ministério Público perante o Tribunal Penal Internacional, que ali buscava a cooperação de referido país africano na captura de Omar Al Bashir.

Por não haver, desse modo, qualquer motivo que justifique a tramitação em sigilo deste pedido, deixo de observar o que prescreve, a respeito, o Artigo 87, n. 3, do Estatuto de Roma.

Publique-se.

Brasília, 17 de julho de 2009.

(11º Aniversário da assinatura do Estatuto de Roma, que instituiu o Tribunal Penal Internacional)

Ministro CELSO DE MELLO
Presidente, em exercício
(RISTF, art. 37, I)