

O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

João Albino de Medeiros Farias¹

Sumário: Introdução. 1 O tribunal penal internacional. 1.1 Precedentes históricos. 1.2 Aprovação e entrada em vigor. 1.3 Estrutura e funcionamento. 1.3.1 Composição. 1.3.2 Princípios. 1.3.3 Competência. 1.3.4 Penas aplicáveis. 1.3.5 A regra da responsabilidade individual. 2 O TPI e o ordenamento jurídico brasileiro. 2.1 A subscrição do tratado de Roma. 2.2 O tribunal penal internacional e a emenda constitucional nº 45. 2.3 Antinomias entre o estatuto de Roma e a Constituição Federal. 2.3.1 Entregas de nacionais. 2.3.2 Instituição da prisão perpétua. 2.3.3 As imunidades em geral e as relativas ao foro por prerrogativa de função. 2.3.4 A reserva legal. 2.3.5 A coisa julgada. Conclusão. Referências.

Resumo: Objetivamos analisar, com este breve estudo, o Tratado de Roma – que criou o Tribunal Penal Internacional – e sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro, em virtude da subscrição do mesmo pelo Brasil. As conseqüências advindas da ratificação, sobretudo, frente à Constituição Federal e a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45. As grandes questões que se põem: o Tribunal Penal Internacional não será uma forma de institucionalização da justiça dos dominantes? As antinomias, frente à Constituição brasileira, são reais ou aparentes? Ao término, concluímos que as supostas inconstitucionalidades advindas com a incorporação do Tratado de Roma ao Ordenamento jurídico brasileiro são, apenas, aparentes. Também, a criação do Tribunal Penal Internacional ao tempo que supre uma lacuna, traz um novo desafio, qual seja, a eficácia das suas decisões, como de resto, de qualquer tribunal internacional que se crie. Do contrário, após os fenômenos da criminalização, da penalização – que não vingaram no combate à criminalidade – estaremos diante de um novo fenômeno, o da “tribunalização”. O respeito aos princípios penais norteadores dos julgamentos evitará a consagração da ‘justiça dos vencedores’, tão indesejável quanto a impunidade.

Palavras-chave: tribunal penal internacional - ordenamento jurídico brasileiro - tratado de Roma

Abstracto: Objetivamos analizar, en este breve estudio, el Tratado de Roma – que fue el creador del Tribunal Penal Internacional – y su incorporación al ordenamento jurídico brasileño, en virtud de su subscripción del mismo por el Brasil. Las consecuencias surgidas de la ratificación, sobretudo, delante de la Constitución Federal y con el ingreso en vigor de la Emenda Constitucional nº 45. Las grandes cuestiones que se ponen: el Tribunal Penal Internacional no será una forma de la institucionalización de la justicia de los dominantes? El antagonismo con la Constitución brasileña, son verdaderas o aparentes? Al término, nuestra conclusión es que las supuestas inconstitucionalidades surgidas con la incorporación del Tratado de Roma al ordenamento jurídico brasileño son, solamente, aparentes. También, la creación del Tribunal Penal Internacional, al mismo tiempo que rellena uno vacío, viene a traer un nuevo desafío, o sea, la eficacia de las decisiones, así también, de cualquier tribunal internacional que será creado. A la inversa a los

¹ Advogado, Especialista em Direito pelo Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo – IESA; Mestrando em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, *Campus* de Santo Ângelo-RS, sob a orientação do Professor Dr. Florisbal de Souza Del’Olmo.

fenómenos de la criminalización y de la penalización – qué no combateran la criminalidad – nosotros vamos estar delante de un nuevo fenómeno, o sea, de la “tribunalización”. El respeto a los principios penales que dirigen los juzgamientos impedirá la consagración de la ‘justicia de los vencedores’, tan indeseable así como la impunidad.

Palabras-clave: tribunal penal internacional - ordenamento jurídico brasileiro - tratado de Roma

Introdução

Sendo essencial que o direito internacional e o direito interno se integrem de maneira eficaz para proteção dos direitos humanos, faz-se necessário o estudo da incorporação do Estatuto de Roma ao ordenamento jurídico brasileiro.

O estudo do Tribunal Penal Internacional está ligado à própria história da humanidade e às inúmeras violações de direitos humanos, sobretudo no período sombrio do Holocausto, que deixou como legado para a internacionalização dos direitos humanos a preocupação acerca da falta de uma engenharia ou de uma arquitetura internacional de proteção desses direitos. Como resposta ao antigo anseio da sociedade internacional de criar uma corte criminal internacional de caráter permanente, abandonando-se a idéia dos tribunais ‘ad hoc’, cria-se o Tribunal Penal Internacional, pelo Estatuto de Roma, de 1998. Este organismo internacional tem, entre outras incumbências, a de evitar que somente os vencidos, ou os menos poderosos, sejam julgados e condenados, garantindo-se mais imparcialidade e revestindo de legalidade e legitimidade os julgamentos, diante de uma sociedade internacional multicultural. Em âmbito interno, muito já se discutiu, e muito se discute, sobre possíveis incompatibilidades² do Estatuto de Roma com a Constituição brasileira.

Partimos da idéia de que o Brasil aderiu ao Estatuto de Roma, cumprindo todos os requisitos constitucionais formais. Assim, vencida a fase procedimental da subscrição do Tratado, na qual não houve ilegalidade, o enfrentamento desse com a Constituição brasileira residiria em cinco questões básicas: a entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional; a instituição da prisão perpétua; a questão das imunidades em geral e o foro por prerrogativa de função; a reserva legal e a exceção

à coisa julgada. Queremos, assim, verificar o suposto enfrentamento entre o Estatuto de Roma e a Constituição Federal brasileira, aqui residindo a problemática central do nosso estudo. Pretendemos buscar respostas aos seguintes questionamentos: o Tribunal Penal Internacional não será uma forma de institucionalização da justiça dos dominantes? As antinomias, frente à Constituição brasileira, são reais ou aparentes?

No intuito de respondermos a tais indagações, num primeiro momento discorreremos sobre o Tribunal Penal Internacional em si, partindo dos precedentes históricos, sua aprovação e entrada em vigor, estrutura e funcionamento, composição, princípios norteadores das ações do Tribunal bem como a descrição dos crimes de sua competência, as penas aplicáveis e a regra da responsabilidade individual, uma inovação na esfera do Direito Internacional.

Momento seguinte, adentraremos na inquietante análise do Tribunal Penal Internacional e o ordenamento jurídico brasileiro, desde a subscrição do Tratado de Roma pelo Brasil, as implicações advindas com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45 até alcançarmos as antinomias entre o Estatuto de Roma e a Constituição Federal, momento em que estudaremos a controvertida entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional, a instituição da prisão perpétua no Brasil via adesão ao Tratado de Roma, a questão das imunidades em geral e as relativas ao foro por prerrogativa de função, a observância da reserva legal e, por fim, a possibilidade da revisão da coisa julgada pelo Tribunal.

O objetivo último deste estudo é pela conclusão que as antinomias não se configuram na realidade, sendo apenas aparentes, na medida que a adesão brasileira a um organismo internacional cumpre determinações da própria Constituição Federal, considerando-se todos seus princípios e propósitos e, não apenas, observando-a de maneira fragmentada. A eficácia do Tribunal Penal Internacional é, também, uma afirmação da própria soberania dos Estados-partes, que, ao invés de importar uma legislação, exporta parcela da sua soberania em favor da proteção dos direitos humanos, em prol do cidadão, razão maior de ser do Estado.

1 O Tribunal Penal Internacional

1.1 Precedentes históricos

O fundamento mais remoto da era cristã, de um tribunal penal ‘ad hoc’, é aquele em que Cristo foi julgado, ocasião em que o ‘juiz’, ao não julgar, condenou. Em outra época mais próxima da que vivemos, há a instituição de tribunal penal no plano internacional no ano de 1474 quando, em Breisach, na Alemanha, instituiu-se um tribunal penal para julgar Peter Von Hagenbach, por haver consentido que suas tropas estuprassem e levassem à morte centenas de civis, com sucessivos saques às suas propriedades.³

Alguns séculos depois, mais precisamente no ano de 1862, o suíço Gustav Moynier, um dos fundadores da Cruz Vermelha, horrorizado com as crueldades cometidas durante a guerra franco-prussiana, propôs a criação de um estatuto e de um tribunal internacional contra os crimes de guerra (violações das convenções de Viena de 1864), composto por 5 juízes (dos quais 2 indicados pelos beligerantes e 3 pelos Estados neutros), para julgar e punir aqueles que, durante as hostilidades, violassem a normatividade internacional vigente. Sua proposta, no entanto, não encontrou grande receptividade.⁴

Foi tão somente a partir do final da Primeira Guerra Mundial que a sociedade internacional efetivamente pretendeu consagrar a responsabilidade penal internacional. Tal fato se deu quando o Tratado de Versalhes pretendeu, sem sucesso, chamar a julgamento o ex-‘Kaiser’, Guilherme II, por “ofensa suprema à moralidade internacional e à autoridade dos tratados”, determinando o seu processo criminal (art. 227), mediante o estabelecimento de um tribunal penal internacional (arts. 228 e 229).⁵

Em seguida, a responsabilização penal pessoal volta à tona quando o tratado de Sèvres, que nunca foi ratificado pela Turquia, pretendeu responsabilizar o Governo Otomano pelo massacre de quase um milhão de armênios, tendo sido este o primeiro genocídio do século XX.

Não obstante algumas críticas formuladas em relação às razões de tais

pretensões, no sentido de que as mesmas não seriam imparciais ou universais, posto que fundadas no princípio segundo o qual somente o vencido poderia ser julgado (consagração da “justiça dos vencedores”), bem como de que estaria sendo desrespeitado o princípio da não-seletividade na condução de julgamentos internacionais, o fato concreto é que tais critérios foram sim utilizados, de maneira preliminar, pelo Acordo de Londres e pelo ‘Control Council Law’ nº 10 (instrumento da Cúpula dos Aliados), ao estabelecerem o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, bem como pelo Tribunal Militar Internacional de Tóquio, instituído para julgar as violências cometidas pelas autoridades políticas e militares japonesas já no período do pós-Segunda Guerra.⁶

Todas essas tensões internacionais, advindas desde a Primeira Guerra Mundial, tornavam, portanto, ainda mais premente, a criação de uma Justiça Penal Internacional de caráter permanente, notadamente após a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, da celebração da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, no mesmo ano, das quatro Convenções de Genebra sobre o Direito Humanitário, em 1949, e de seus dois Protocolos Adicionais, de 1977, da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes de Lesa Humanidade, em 1968, e dos Princípios de Cooperação Internacional para Identificação, Detenção, Extradicação e Castigo dos Culpáveis de Crimes de Guerra ou de Crimes de Lesa Humanidade, em 1973.⁷

Já mais recentemente, por deliberação do Conselho de Segurança das Nações Unidas, com a participação e voto favorável do Brasil, foram também criados outros dois tribunais internacionais de caráter não-permanente, ou seja, tribunais ‘ad hoc’. Em 1993, foi instituído o Tribunal Penal Internacional para a ex – Iugoslávia, com sede na Holanda, com a competência de julgar as atrocidades praticadas, desde 1991, no território da antiga Iugoslávia.⁸

Em 1994, houve a criação do Tribunal Penal Internacional para Ruanda, com sede na Tanzânia, para julgar as inúmeras violações de direitos humanos de idêntica gravidade perpetrados em Ruanda.⁹

Apesar do entendimento já consagrado pela consciência coletiva mundial de que aqueles que perpetram atos bárbaros e hediondos contra a dignidade humana devam ser punidos internacionalmente, os tribunais ‘ad hoc’ acima

mencionados não passaram imunes a críticas, dentre elas a de que tais tribunais (que têm caráter temporário e não-permanente) foram criados por resoluções do Conselho de Segurança da ONU e não por tratados internacionais multilaterais, como foi o caso do Tribunal Penal Internacional, o que poderia prejudicar (pelo menos em parte) o estabelecimento concreto de uma Justiça Penal Internacional de caráter permanente.¹⁰

Outra crítica assaz contundente voltada àqueles tribunais ‘ad hoc’ - que já se ouvia desde a criação do Tribunal de Nuremberg - era no sentido de que os mesmos violavam a regra basilar do direito penal, segundo a qual o juiz, assim como a lei, deve ser preconstituído ao cometimento do crime e não ‘ex post facto’¹¹. Foi justamente pelo fato de que tais tribunais tiveram sua criação condicionada pelos fatos que imediatamente a antecederam, que alguns países, dentre eles o Brasil, ao aprovarem a instituição de tribunais ‘ad hoc’, expressamente manifestaram pela criação, por meio de um tratado internacional, de uma corte penal internacional permanente, independente e imparcial, competente para o processo e julgamento dos crimes perpetrados depois de sua entrada em vigor no plano internacional. Entretanto, a grande mácula da Carta das Nações Unidas, neste ponto, ainda é a de que jamais o Conselho de Segurança poderá criar tribunais com competência para julgar e punir eventuais crimes cometidos por nacionais dos seus Estados-membros com assento permanente. Daí o motivo pelo qual avultava de importância a criação e o estabelecimento efetivo de uma instância penal internacional, de caráter permanente.¹²

Como resposta a este antigo anseio da sociedade internacional, no sentido de estabelecer uma corte criminal internacional de caráter permanente, extirpando-se a prática da criação de tribunais ‘ad hoc’, finalmente vem à luz o Tribunal Penal Internacional, pelo Estatuto de Roma de 1998. Trata-se da primeira instituição global permanente de justiça penal internacional, com competência para processar e julgar os chamados crimes internacionais, entendendo-se como tais as violações das obrigações essenciais para a manutenção da paz e da segurança da sociedade internacional em seu conjunto. A aprovação e entrada em vigor dessa nova luz no combate às atrocidades internacionais será objeto de nossa análise a seguir.

1.2 Aprovação e entrada em vigor do Tribunal Penal Internacional

O Estatuto do Tribunal Penal Internacional é composto por um total de 128 artigos com um preâmbulo e treze partes (capítulos), quais sejam: I- criação do Tribunal; II - competência, admissibilidade e direito aplicável; III - princípios gerais de direito penal; IV - composição e administração do Tribunal; V - inquérito e procedimento criminal; VI- o julgamento; VII - as penas; VIII- recurso e revisão; IX - cooperação internacional e auxílio judiciário; X - execução da pena; XI - Assembléia dos Estados-partes; XII - financiamento; e XIII - cláusulas finais.

Aprovado em 17 de julho de 1998, em Roma, na Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional teve por finalidade constituir um tribunal internacional com jurisdição criminal permanente, dotado de personalidade jurídica própria, com sede na Haia, na Holanda. Foi aprovado por 120 Estados, contra apenas 7 votos contrários - Estados Unidos, China, Iêmen, Iraque, Israel, Líbia e Qatar - e 21 abstenções. Não obstante suas posições originais, os Estados Unidos e Israel, levando em conta a má repercussão internacional ocasionada pelos votos em contrário, acabaram assinando o Estatuto em 31 de dezembro de 2000. Todavia, a ratificação do Estatuto, por essas mesmas potências, tornou-se praticamente fora de cogitação após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001 em Nova York e Washington, bem como após as operações de guerra subseqüentes no Afeganistão e Palestina. Assim foi que em 6 de maio de 2002 e em 28 de agosto do mesmo ano, Estados Unidos e Israel, respectivamente, notificaram formalmente o Secretário-Geral das Nações Unidas de que não tinham a intenção de se tornar partes no respectivo tratado.¹³

As 60 ratificações exigidas para a entrada em vigor do Estatuto foram atingidas no dia 11 de abril de 2002, fazendo com que o mesmo entrasse em vigor internacional em 1º de julho de 2002, data correspondente ao primeiro dia do mês seguinte ao termo do período de 60 dias após a data do depósito do sexagésimo instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão junto do Secretário-Geral das Nações Unidas, nos termos do seu art. 126, § 12. Como todo organismo, a estrutura e funcionamento são aspectos que merecem conhecimento

mais específico. Com esta preocupação, o ponto a seguir versará sobre essas questões.

1.3 Estrutura e funcionamento do Tribunal

1.3.1 Composição¹⁴

O Tribunal será inicialmente composto por 18 juízes. Esse número poderá ser aumentado por proposta de sua Presidência e será considerada adotada se for aprovada por maioria de dois terços dos membros na sessão da Assembléia dos Estados-partes, entrando em vigor na data fixada pela mesma Assembléia (art. 36, §§ 1º e 2º).

Os juízes serão eleitos dentre pessoas de elevada idoneidade moral, imparcialidade e integridade, que reúnam os requisitos para o exercício das mais altas funções judiciais nos seus respectivos países, por um mandato máximo de nove anos, e não poderão ser reeleitos. No caso brasileiro, portanto, a candidatura para uma vaga de juiz no Tribunal Penal Internacional exige que a pessoa reúna as condições necessárias para o exercício do cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, inclusive a relativa à idade mínima de 35 e máxima de 65 anos, além do notável saber jurídico e da reputação ilibada (CF, art. 101).

O Tribunal é composto pelos seguintes órgãos, nos termos do art. 34 do Estatuto de Roma: a) a Presidência (responsável pela administração da Corte); b) uma Seção de Recursos, uma Seção de Julgamento em Primeira Instância e uma Seção de Instrução; c) o Gabinete do Promotor (chamado pelo Estatuto de “Procurador”, constituindo-se em órgão autônomo do Tribunal); e d) a Secretaria (competente para assuntos não judiciais da administração do Tribunal). Os juízes serão distribuídos por três *Seções*: a *Seção de Instrução*, incumbida de instruir e examinar a admissibilidade dos processos, a *Seção de Primeira Instância*, que proferirá os julgamentos, e a *Seção de Apelações*, responsável pela apreciação dos recursos.¹⁵

No que tange à composição do Tribunal, merece especial atenção a figura

do Promotor (chamado de “O Procurador” pelo Estatuto de Roma). Este será eleito por escrutínio secreto e por maioria absoluta de votos dos membros da Assembléia dos Estados-partes para um mandato de nove anos, sendo vedada a reeleição. O Gabinete do Promotor atuará de forma independente, em separado da Corte, e está encarregado de receber, por qualquer forma idônea, *noticia criminis* acerca de crimes de competência do tribunal Penal Internacional e realizar investigações e exercer a ação penal, sendo que os membros do *Parquet* não solicitarão nem cumprirão instruções de fontes estranhas ao Tribunal Penal Internacional.¹⁶ Promotor (Procurador) cumprirá suas funções com plena liberdade de consciência e imparcialidade.¹⁷

Em se tratando de um Tribunal institucionalizado, o mesmo está alicerçado em princípios norteadores da sua ação, os quais adentraremos no ponto seguinte.

1.3.2 Princípios¹⁸

A atuação do Tribunal Penal Internacional assenta-se sobre alguns princípios fundamentais, sendo talvez o mais importante o da *complementaridade*. De acordo com o mesmo, a Corte somente atua se o Estado que tem jurisdição sobre determinado caso não iniciou o devido processo ou, se o fez, agiu com o intuito de subtrair o acusado à justiça ou de mitigar-lhe a sanção. A Corte, pois, atua apenas subsidiariamente, agindo sobretudo na hipótese em que ocorre “falência das instituições nacionais”.

Outro é o *princípio da universalidade*, pelo qual os Estados-partes colocam-se integralmente sob a jurisdição da Corte, não podendo subtrair de sua apreciação determinados casos ou situações.

O Estatuto contempla também o *princípio da responsabilidade penal individual*, segundo o qual o indivíduo responde pessoalmente por seus atos, sem prejuízo da responsabilidade do Estado.

O *princípio da irrelevância da função oficial*, por sua vez, permite que

sejam responsabilizados chefes de Estado ou de governo, ministros, parlamentares e outras autoridades, sem qualquer privilégio ou imunidade.

Já o *princípio da responsabilidade de comandantes e outros superiores* exige que todos os chefes militares, mesmo que não estejam fisicamente presentes no local dos crimes, envidem todos os esforços ao seu alcance para evitá-los, sob pena de neles ficarem implicados.

Também adota o *princípio da imprescritibilidade*, de acordo com o qual a ação criminosa jamais terá extinta a punibilidade pelo decurso do tempo, embora ninguém possa ser julgado por delitos praticados antes da entrada em vigor do Tratado.

Entretanto, há um novo princípio embaixador do Tribunal Penal Internacional, que constitui uma figura ímpar, singular, por esse motivo mereceu uma ênfase destacada. A regra da responsabilidade penal individual representa a correspondência do direito com a obrigação. Se ao indivíduo lhe é concedido direitos em âmbito internacional, em contrapartida, há a exigência do cumprimento de obrigações por parte desse, independente do cargo ou função que exerça.

1.3.3 A regra da responsabilidade penal individual

Uma das principais virtudes do Estatuto de Roma reside na consagração do princípio segundo o qual a responsabilidade penal por atos violadores do Direito Internacional deve recair sobre os indivíduos que os perpetraram, deixando de ter efeito as eventuais imunidades e privilégios ou mesmo a posição ou os cargos oficiais que os mesmos porventura ostentem. Nos termos do art. 25 e parágrafos do Estatuto, o Tribunal tem competência para julgar e punir pessoas físicas, sendo considerado individualmente responsável quem cometer um crime da competência do Tribunal. Nos termos do Estatuto, será considerado criminalmente responsável e poderá ser punido pela prática de um crime da competência do Tribunal quem: a) cometer esse crime individualmente ou em conjunto ou por intermédio de outrem, quer essa pessoa seja, ou não, criminalmente responsável; b) ordenar, solicitar ou instigar a prática

desse crime, sob forma consumada ou sob a forma de tentativa; c) com o propósito de facilitar a prática desse crime, for cúmplice ou encobridor, ou colaborar de algum modo na prática ou na tentativa de prática do crime, nomeadamente pelo fornecimento dos meios para a sua prática; e d) contribuir de alguma outra forma para a prática ou tentativa de prática do crime por um grupo de pessoas que tenha um objetivo comum.¹⁹

Nos termos do art. 27, §§ 1º e 2º, do Estatuto de Roma, a competência do Tribunal aplica-se de forma igual a todas as pessoas, sem distinção alguma, baseada na sua 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 poderá eximir a pessoa em causa de responsabilidade criminal nos termos do Estatuto, nem constituirá de ‘per se’ motivo para a redução da pena. Diz ainda o Estatuto que as imunidades ou normas de procedimentos 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.

A consagração do princípio da responsabilidade penal internacional dos indivíduos é, sem dúvida, uma conquista da humanidade. E, como diz Cachapuz de Medeiros, esta idéia vem sendo sedimentada “desde os tempos em que Hugo Grotius lançou as bases do moderno Direito das Gentes”. Este grande jurista holandês divergiu, ao seu tempo, da noção corrente àquela época - e que ainda mantém alguns seguidores na atualidade - de que o Direito Internacional está circunscrito tão-somente às relações entre Estados, não podendo dizer respeito diretamente aos indivíduos. Daí ter o Estatuto de Roma seguido o que se escreveu em Nuremberg em 1946: “Crimes contra o direito internacional são cometidos por indivíduos, não por entidades abstratas, e os preceitos de direito internacional fazem-se efetivos apenas com a condenação dos indivíduos que cometeram esses crimes”.²⁰

O chamado direito internacional dos direitos humanos, que emerge finda a Segunda Guerra Mundial, vem sepultar de vez esta antiga doutrina, que não atribuía aos indivíduos personalidade jurídica no direito das gentes. A idéia crescente de que os indivíduos devem ser responsabilizados no cenário internacional, em decorrência dos crimes cometidos contra o Direito Internacional, aparece bastante

reforçada no Estatuto de Roma que, além de ensejar a punição dos indivíduos como tais, positivou, no bojo de suas normas, ineditamente, os princípios gerais de direito penal internacional (arts. 22 a 33), bem como trouxe regras claras e bem estabelecidas sobre o procedimento criminal perante o Tribunal (arts. 53 a 61).

Com certeza, não poderíamos nos olvidar neste estudo, embora breve, da competência do Tribunal Penal Internacional, que, além de dar legalidade a sua atuação, é instrumento de controle, tendo em vista que somente os crimes tipificados no Estatuto de Roma poderão ser objeto de apreciação pelo mesmo. Se assim não fosse, implicaria a transformação do Tribunal Penal Internacional em Tribunal de exceção.

1.3.4 Competência

O Estatuto de Roma contém uma lista tipificada dos delitos sujeitos à jurisdição do Tribunal. Constitui-se assim o Estatuto num verdadeiro código criminal internacional. Para esse fim, foram utilizadas, na maioria dos casos, definições constantes em tratados ou outras fontes do Direito Internacional. Em alguns casos, particularmente no capítulo dos crimes contra a humanidade, foi preciso adaptar as definições ao contexto desejado para o tribunal ou mesmo inovar, frente a lacunas do Direito Internacional convencional, como foi o caso dos crimes de natureza sexual.

São os seguintes os crimes previstos no Estatuto²¹:

Genocídio – Definição contida na Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, de 9/12/48. O Estatuto define o crime de genocídio como qualquer ato praticado “com intenção de destruir total ou parcialmente grupo nacional, étnico, racial ou religioso”, compreendendo: matar membros do grupo; causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capaz de ocasionar-lhes a destruição física, total ou parcial; adotar medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo; e efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.

Crimes contra a humanidade – O art. 7º lista dez figuras criminais e agrega nove definições de expressões ou termos. Os crimes contra humanidade, qualificados como “qualquer ato praticado como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil e com conhecimento de tal ataque”, incluem: homicídio; extermínio; escravidão; deportação ou transferência forçada de populações; encarceramento ou privação grave da liberdade física em violação a normas fundamentais de direito internacional; tortura; estupro; escravidão sexual, prostituição compulsória, gravidez imposta, esterilização forçada ou outros abusos sexuais graves; perseguição de um grupo ou coletividade com identidade própria, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais ou religiosos; desaparecimento de pessoas; *apartheid*; e outras práticas que causem grande sofrimento ou atentem contra a integridade física ou saúde mental das pessoas.

Crimes de guerra – São crimes de guerra os praticados em conflitos armados de índole internacional ou não, em particular quando cometidos como parte de um plano ou política para cometê-los em grande escala, abrangendo violações graves das Convenções de Genebra de 1949 e demais leis e costumes aplicáveis aos conflitos armados, especialmente: homicídio doloso; tortura e outros tratamentos desumanos; ataque a civis e destruição injustificada de seus bens; tomada de reféns; guerra sem quartel; saques; morte ou ferimento de adversários que se renderam; utilização de veneno e de armas envenenadas; manejo de gases asfixiantes ou armas tóxicas; uso de armas, projéteis, materiais ou métodos que causem danos supérfluos ou sofrimentos desnecessários; emprego de escudos humanos; morte de civis por inanição; organização de tribunais de exceção; e recrutamento de crianças menores de 15 anos. Também conhecidos como “Crimes contra as leis e costumes aplicáveis em conflitos armados”, os crimes de guerra fazem parte do Direito costumeiro Internacional e têm como principais referências de codificação o regime de Haia (diversas Convenções e Protocolos) – relativos às limitações à conduta de hostilidades – e as Convenções de Genebra e seus Protocolos, referentes à proteção das vítimas dos conflitos. Assinale-se também que o Estatuto inclui na lista dos crimes de guerra os crimes cometidos em violação do direito de guerra contra o pessoal das Nações Unidas em missão humanitária ou de manutenção da paz.

Agressão – O crime de agressão, depois de muita discussão, acabou sendo inserido no Estatuto, mas não foi definido, pelo que não pode ser aplicado, diante

da exigência de estrita tipificação das figuras delituosas que vigora no campo penal. Esse delito poderá ser mais tarde incluído na jurisdição do Tribunal, se for devidamente caracterizado por ocasião da reforma do Estatuto, que ocorrerá dentro de sete anos depois de sua entrada em vigor. Deverá, no entanto, amoldar-se à Carta das Nações Unidas, que prevê algumas hipóteses de guerra justa, a exemplo da intervenção para prevenir ou reprimir ameaças à paz. A inclusão do crime de agressão no Estatuto percorreu os trabalhos do Comitê Preparatório e da própria conferência. Apesar de a lógica favorecer a inclusão na lista de crimes de ações que estão na raiz de grande parte dos crimes mais graves cometidos contra a humanidade, dificuldades de natureza jurídica e política criavam obstáculos praticamente insuperáveis para sua incorporação eficaz. A solução encontrada foi incluir o crime de agressão na lista do art. 5º, mas condicionar o exercício da jurisdição pelo Tribunal Penal Internacional à aprovação de uma emenda ao Estatuto que contenha a definição de agressão, consistente com a Carta da ONU. Afora o significado moral ou político da inclusão, trata-se de um simples adiamento da questão. A tipificação jurídica do crime de agressão será resultado dos trabalhos da Comissão Preparatória do Tribunal Penal Internacional – ‘PrepCom’²² – que está entabulando negociações no sentido de se chegar a um consenso sobre os elementos constitutivos de tal crime internacional.

Com relação às penas aplicáveis, uma vez considerado culpado, o réu estará sujeito às seguintes penas: reclusão pelo prazo não superior a trinta anos; prisão perpétua, dependendo da gravidade do delito cometido e das circunstâncias pessoais do acusado; multa; e confisco de bens procedentes direta ou indiretamente da prática do crime. A pena será cumprida em um dos Estados-partes e poderá ser reduzida depois do cumprimento de um terço ou de 25 anos, no caso de prisão perpétua, atentando-se para a colaboração prestada pelo réu durante o julgamento.

O Tribunal poderá também fixar uma reparação às vítimas, sob a forma de reabilitação ou indenização, que será paga pelo réu ou por um ‘Fundo Fiduciário’, especialmente criado para esse fim, constituído por bens confiscados e por contribuições dos Estados-partes.

Após termos um panorama geral de aspectos que julgamos os mais relevantes acerca do Tribunal Penal Internacional, passaremos analisar a relação deste com o ordenamento jurídico brasileiro, que constitui a segunda parte do nosso estudo.

2 O Tribunal Penal Internacional e o ordenamento jurídico brasileiro:

O Brasil, através do seu corpo diplomático, que já participava, mesmo antes da Conferência de Roma de 1998, de uma Comissão Preparatória para o estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional, teve destacada atuação em todo o processo de criação do Tribunal.²³ E isto foi devido, grande parte, à virtude do mandamento do art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição brasileira de 1988, que preceitua que “o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”. Assim o Brasil deságua no leito do Tribunal Penal Internacional.

2.1 A subscrição do Brasil ao Tratado de Roma:

Em 7 de fevereiro de 2000, o governo brasileiro assinou o tratado internacional referente ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, tendo sido o mesmo posteriormente aprovado pelo Parlamento brasileiro, por meio do Decreto Legislativo nº 112, de 6 de junho de 2002, e promulgado pelo Decreto presidencial nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. O depósito da carta de ratificação brasileira se deu em 20 de junho de 2002, momento a partir do qual o Brasil já se tomou parte do respectivo tratado. A partir desse momento, por força da norma do art. 5º, § 2º da Constituição brasileira de 1988 (‘*verbis*’: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”), o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional integrou-se ao direito brasileiro com *status* de norma materialmente constitucional, passando a ampliar, sobremaneira, o que J.J. Gomes Canotilho²⁴ denomina “bloco de constitucionalidade”, da nossa Carta Magna. O advento da Emenda Constitucional nº 45, acresceu ao art. 5º, da Magna Carta, o § 4º, que poderemos observar, nada mais representa que a consolidação de uma predisposição contida no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que no art. 7º ditava: “O Brasil propugnará

pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos.”

2.2 A entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45

A partir de 8 de dezembro de 2004, em virtude da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45, o Brasil passou a reconhecer formalmente a jurisdição do Tribunal Penal Internacional por meio do § 4º acrescentado ao art. 5º da Constituição, segundo o qual: “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”. O que fez essa disposição constitucional foi solidificar a tese segundo a qual a Constituição de 1988 está perfeitamente apta a operar com o Direito Internacional e com o sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

O Estatuto de Roma de 1998 passou a ser formalmente constitucional no Brasil, aprovado em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos seus respectivos membros, nos termos do disposto no § 3º do art. 5º da Constituição, também introduzido pela Emenda nº 45/2004. Neste caso, para além do *status* de norma materialmente constitucional, o Estatuto de Roma galgará ainda os efeitos jurídicos próprios das emendas constitucionais, passando a ser insuscetível de denúncia neste caso. Porém, surgiram indagações a respeito da constitucionalidade da adesão brasileira ao Estatuto de Roma, sobretudo em face das figuras criadas, caso da ‘entrega’ de nacionais, a instituição da prisão perpétua, a forma como são tratadas em nível de Tribunal Penal Internacional as imunidades em geral e as relativas ao foro por prerrogativa de função, a questão da reserva legal e a revisão da coisa julgada. Uma a uma, perceberemos que as antinomias são de mera aparência.

2.3 Antinomias entre o Estatuto de Roma e a Constituição Federal

Em relação às discussões sobre a constitucionalidade do Estatuto de Roma

do Tribunal Penal Internacional no direito brasileiro, alguns juristas e observadores nacionais têm cogitado o caso de inconstitucionalidade desse instrumento internacional, o que faz merecer um estudo detalhado sobre as potenciais antinomias entre o tratado internacional que instituiu o Tribunal e a Constituição brasileira de 1988. As determinações penais e procedimentais estabelecidas pelo Estatuto de Roma podem parecer que apresentam algumas incompatibilidades com a Constituição Federal brasileira, mais especialmente em relação a cinco questões de relevante importância, disciplinadas pelo Estatuto, quais sejam: a entrega de nacionais ao Tribunal; a instituição da pena de prisão perpétua, a questão das imunidades em geral e as relativas ao foro por prerrogativa de função; a questão da reserva legal; e a questão do respeito à coisa julgada.

No direito dos tratados, tais matérias são denominadas de inconstitucionalidade intrínseca²⁵ dos tratados internacionais. Esta tem lugar quando o tratado, apesar de formalmente ter respeitado todo o procedimento constitucional de conclusão estabelecido pelo direito interno, contém normas violadoras de dispositivos constitucionais.

Não se pode confundir com a inconstitucionalidade chamada extrínseca (ou formal), também conhecida por ratificação imperfeita, que ocorre quando o Presidente da República viola norma constitucional para celebrar tratados, ratifica o acordo sem o assentimento prévio do Congresso Nacional. No caso do Tribunal Penal Internacional, a ratificação ocorreu nas escorreitas normas constitucionais determinantes da competência para celebrar tratados: arts. 49, inc. I e 84, inc. VIII, da CF.

2.3.1 A entrega de nacionais

O primeiro conflito aparente entre uma disposição do Estatuto de Roma e a Constituição brasileira de 1988 advém do teor do art. 89, § 1º do Estatuto, segundo o qual o Tribunal poderá dirigir um pedido de detenção e entrega - ‘surrender’ - de uma pessoa a qualquer Estado em cujo território essa pessoa possa se encontrar e

solicitar a cooperação desse Estado na detenção e entrega da pessoa em causa, tendo os Estados-partes o dever de dar satisfação ao Tribunal aos pedidos de detenção e de entrega de tais pessoas, em conformidade com o Estatuto e com os procedimentos previstos nos seus respectivos direitos internos.²⁶

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 à repressão internacional de delitos. Não obstante os procedimentos nacionais para a prisão continuarem sendo aplicados, eventuais normas internas sobre privilégios e imunidades referentes a cargos oficiais, bem como regras sobre não-extradição de nacionais, não serão causas válidas de escusa para a falta de cooperação por parte dos Estados-membros do Tribunal.

A Constituição brasileira de 1988, no seu art. 52, incisos LI e LII, dispõe, respectivamente, 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”; e também que “não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião”. Tais incisos do art. 5º da Constituição, pertencendo ao rol dos direitos fundamentais, estão cobertos pela cláusula do art. 60, § 4º, inc. IV, da mesma Carta, segundo a qual “não será objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais”.

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, então, trata-se de *extradição*²⁷.

O art. 91, § 2º, alínea c, do Estatuto, impõe uma regra clara de cooperação dos Estados com o Tribunal, no sentido de que as exigências para a entrega de alguém ao Tribunal não podem ser mais rigorosas do que as que devem ser observadas pelo país em caso de um pedido de extradição.

Como acertadamente destaca Cachapuz de Medeiros²⁸, a diferença fundamental “consiste em ser o Tribunal uma instituição criada para processar e julgar os crimes mais atrozes contra a dignidade humana de uma forma justa, independente e imparcial. Na condição de órgão internacional, que visa realizar o bem-estar da sociedade mundial, porque reprime crimes contra o próprio Direito Internacional, a entrega do Tribunal não pode ser comparada à extradição”.

Assim, não se trata de entregar alguém para outro sujeito de Direito Internacional Público, de categoria igual a do Estado-parte, também dotado de soberania e competência na ordem internacional, mas sim a um organismo internacional criado pelo aceite e esforço comum de vários Estados. O Tribunal Penal Internacional certamente não é uma jurisdição estrangeira como é aquela de um outro Estado, não podendo ser-lhe aplicadas as mesmas regras que se aplicam a este último, em matéria de soberania e de política externa.

Dáí estar correto o entendimento de que o ato de ‘entrega’ é aquele feito pelo Estado a um tribunal internacional de jurisdição permanente, diferentemente da extradição, que é feita por um Estado a outro, a pedido deste, em plano de absoluta igualdade, em relação a indivíduo neste último processado ou condenado e lá refugiado. A extradição envolve sempre dois Estados soberanos, sendo ato de cooperação entre ambos na repressão internacional de crimes, diferentemente do que o Estatuto de Roma chamou de entrega, onde a relação de cooperação se processa entre um Estado e o próprio Tribunal.

O fundamento que existe para que as Constituições contemporâneas prevejam a não-extradição de nacionais está ligado ao fato de a justiça estrangeira poder ser injusta e julgar o nacional do outro Estado sem imparcialidade, o que, evidentemente, não se aplica ao caso do Tribunal Penal Internacional, cujos crimes

já estão definidos no Estatuto de Roma, e cujas normas processuais são das mais avançadas do mundo no que tange às garantias da justiça e da imparcialidade dos julgamentos.

Portanto, a entrega de nacionais do Estado ao Tribunal Penal Internacional, estabelecida pelo Estatuto de Roma, não fere o direito individual da não-extradição de nacionais, insculpido no art. 5º, inc. LI, da Constituição brasileira de 1988, bem como o direito de não-extradição de estrangeiros por motivos de crime político ou de opinião, constante do inc. LII do mesmo art. 5º da Carta de 1988. A aceitação, pelo Brasil, do art. 89, § 1º, do Estatuto, impede (mais que corretamente) a alegação de violação da norma constitucional brasileira proibitiva da extradição de nacionais como meio hábil a livrar um nosso nacional à jurisdição do Tribunal.

Parece clara, assim, a distinção entre a entrega de um nacional brasileiro a uma corte com jurisdição internacional, da qual o Brasil faz parte, por meio de tratado que ratificou e se obrigou a fielmente cumprir, e a entrega de um nacional nosso (esta sim proibida pela Constituição) a um tribunal estrangeiro, cuja jurisdição está afeta à soberania de uma outra potência estrangeira, que não a nossa e de cuja construção nós não participamos com o produto da nossa vontade.

Não bastasse essa diferença técnica, uma outra ainda se apresenta. Embora, nos termos do Estatuto de Roma, as regras internas dos Estados continuem tendo validade, não serão aceitas determinadas escusas - dentre elas, a de que não se pode entregar nacionais do Estado a tribunais internacionais - para a não-cooperação desses Estados com o Tribunal. Um Estado-parte no Estatuto que não entrega um nacional seu quando emitida ordem de prisão contra o mesmo será tido como um não-colaborador, o que poderá causar-lhe enormes prejuízos, tendo em vista existir no Estatuto de Roma todo um processo que pode ser levado à Assembléia dos Estados-partes do Tribunal Penal Internacional e até mesmo ao Conselho de Segurança das Nações Unidas, para que possam ser tomadas medidas de enquadramento de conduta em relação a tais Estados não-colaboradores. Parece claro que tais Estados já passariam a não ficar muito bem vistos perante a sociedade internacional, em decorrência da abertura desse processo perante a Assembléia dos Estados-partes ou do Conselho de Segurança da ONU.²⁹

No Brasil, a possibilidade de entrega de nacionais brasileiros à jurisdição

do Tribunal Penal Internacional vem regulada pelo art. 118 do já citado Anteprojeto de Lei brasileiro para implementação do Estatuto de Roma, nestes termos: “Havendo concorrência entre o pedido de entrega de pessoa pelo Tribunal Penal Internacional e pedido de extradição feito por outro Estado, a autoridade competente comunicará o fato a ambos os requerentes”. O parágrafo único do mesmo dispositivo complementa que: “Havendo pedido de extradição já em tramitação, este ficará suspenso até a decisão sobre o pedido de entrega”. O art. 119, por seu turno, estabelece que “o pedido de entrega prevalecerá sobre o de extradição nos termos do art. 90 do Estatuto de Roma”, dizendo o art. 120 que “havendo concorrência de outros pedidos, que não sejam de entrega ou de extradição, a autoridade competente estabelecerá consultas com o Tribunal Penal Internacional e o Estado requerente com vistas ao atendimento destes”.

2.3.2 A instituição da prisão perpétua

Outro ponto delicado que pode causar um aparente conflito entre as disposições do Estatuto de Roma e a Constituição brasileira de 1988 diz respeito à previsão do art. 77, § 1º, alínea b, do Estatuto, segundo o qual o Tribunal pode impor à pessoa condenada por um dos crimes previstos no seu art. 5º, dentre outras medidas, a pena de prisão perpétua, se o elevado grau pela pena privativa de liberdade não superior a trinta anos (pena máxima do Código Penal brasileiro, nos termos do seu art. 75, ‘caput’).³⁰

Nesse famoso ‘leading case’, seguindo o entendimento do Ministro Francisco Rezek, o STF deferiu a extradição de estrangeiro a Estado requerente que aplicaria, sem condições, a pena de prisão perpétua. Apesar de o referido processo ter se desenvolvido sob a égide da Carta Política anterior, a lição nos serve perfeitamente, tendo em vista a similitude dos enunciados da Carta de 1967 com a atual Carta de 1988. A Carta de 1967 também previa, no § 11 do seu art. 153, a proibição da aplicação da pena de caráter perpétuo. O então Ministro Francisco Rezek (hoje juiz da Corte Internacional de Justiça), em seu voto, deixou expresso, à época, que “no que se refere a este país, no âmbito especial da jurisdição desta República.

A lei extradicional brasileira, em absoluto, não faz outra restrição salvo aquela que tange à pena de morte. (...) O que a Procuradoria Geral da República propõe é uma extensão transnacional do princípio inscrito no parágrafo 11 do rol de garantias.³¹

Este tipo de medida encontra sua justificativa na Lei nº 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro), por força do seu art. 91, que não restringe, em nenhuma das hipóteses que disciplina, a extradição em função da pena de prisão perpétua. Portanto, no Brasil, ainda que internamente não se admita a pena de prisão perpétua, isso não constitui restrição para efeitos de extradição.

Portanto, a interpretação mais correta a ser dada para o caso em comento é a de que a Constituição, quando prevê a vedação de pena de caráter perpétuo, está direcionando o seu comando tão-somente para o legislador interno brasileiro, não alcançando os legisladores estrangeiros e tampouco os legisladores internacionais que, a exemplo da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, trabalham rumo à construção do sistema jurídico internacional.

A pena de prisão perpétua - que não recebe a mesma ressalva constitucional conferida à pena de morte - não pode ser instituída dentro do Brasil, quer por meio de tratados internacionais, quer mediante emendas constitucionais, por se tratar de cláusula pétrea constitucional. Mas isso não obsta, de forma alguma, que a mesma pena possa ser instituída *fora* do nosso país, em tribunal permanente com jurisdição internacional, de que o Brasil é parte e em relação ao qual deve obediência, em prol do bem-estar da humanidade.

Cachapuz de Medeiros acentua que entende, como o Supremo Tribunal Federal, “que a esfera da nossa lei penal é interna”; mas, ainda segundo seu entendimento, se somos benevolentes com “nossos delinqüentes”, isso só diz bem com os sentimentos dos brasileiros, não se podendo impor o mesmo tipo de “benevolência” aos países estrangeiros.³²

A Constituição brasileira de 1988, como já falamos, preceitua, no art. 72 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que o Brasil “propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”, e no § 4º do art. 5º, que o Brasil “se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”. E isto reforça a tese de que o conflito entre as disposições

do Estatuto de Roma e a Constituição brasileira é apenas aparente, não somente pelo fato de que a criação de um tribunal internacional de direitos humanos reforça o princípio da dignidade da pessoa humana (também insculpido pela Constituição, no seu art. 1º, inc. III), mas também pelo fato de que o comando do texto constitucional brasileiro é dirigido ao legislador doméstico, não alcançando os crimes cometidos contra o direito internacional e reprimidos pela jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

Portanto, não obstante a vedação das penas de caráter perpétuo ser uma tradição constitucional entre nós, o Estatuto de Roma de forma alguma afronta a nossa Constituição (como se poderia pensar numa leitura descompromissada de seu texto); mas, ao contrário, contribui para coibir os abusos e as inúmeras violações de direitos que se fazem presentes no planeta, princípio esse que sustenta corretamente a tese de que a dignidade da sociedade internacional não pode ficar à margem do universo das regras jurídicas.

De outra banda, o condenado que se mostrar merecedor dos benefícios estabelecidos pelo Estatuto poderá ter sua pena reduzida, inclusive a de prisão perpétua. Nos termos do art. 110, §§ 32 e 42, do Estatuto, quando a pessoa já tiver cumprido dois terços da pena, ou 25 anos de prisão, em caso de pena de prisão perpétua, o Tribunal reexaminará a pena para determinar se haverá lugar a sua redução, se constatar que se verificam uma ou várias das condições seguintes: a) a pessoa tiver manifestado, desde o início e de forma contínua, a sua vontade em cooperar com o Tribunal no inquérito e no procedimento; b) a pessoa tiver, voluntariamente, facilitado a execução das decisões e despachos do Tribunal em outros casos, nomeadamente ajudando-o a localizar bens sobre os quais recaíam decisões de perda, de multa ou de reparação que poderão ser usados em benefício das vítimas; ou c) quando presentes outros fatores que conduzam a uma clara e significativa alteração das circunstâncias, suficiente para justificar a redução da pena, conforme previsto no Regulamento Processual do Tribunal.

2.3.3 As imunidades em geral e as relativas ao foro por prerrogativa de função³³

Pode surgir ainda o conflito - também aparente - entre as regras brasileiras relativas às imunidades em geral e às prerrogativas de foro por exercício de função e aquelas atinentes à jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Tais regras são aplicáveis, por exemplo, ao Presidente da República, seus Ministros de Estado, Deputados, Senadores, etc. Essas imunidades e privilégios, contudo, são de ordem interna e podem variar de um Estado para o outro. Também existem outras limitações de ordem internacional, a exemplo da regra sobre imunidade dos agentes diplomáticos à jurisdição penal do Estado acreditado, determinada pelo art. 31 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, de 1961, que está em vigor no Brasil desde 1965. Os embaixadores, por exemplo, têm imunidade plena na jurisdição penal dentro dessa sistemática.

Os crimes de competência do Tribunal - crime de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão -, por sua vez, são quase sempre perpetrados por indivíduos que se escondem atrás dos privilégios e imunidades que lhes conferem os seus ordenamentos jurídicos internos.

Levando em conta tais circunstâncias, o Estatuto de Roma pretendeu estabelecer regra clara a esse respeito, e assim o fez no seu art. 27, que trata da irrelevância da qualidade oficial daqueles que cometem os crimes por ele definidos, segundo o qual:

“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 procedimentos 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.”

Portanto, as imunidades ou privilégios especiais que possam ser concedidos aos indivíduos em função de sua condição como ocupantes de cargos ou

funções estatais, seja segundo o seu direito interno, seja segundo o Direito Internacional, não constituem motivos que impeçam o Tribunal de exercer a sua jurisdição em relação a tais assuntos. O Estatuto elide qualquer possibilidade de invocação da imunidade de jurisdição por parte daqueles que cometeram genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra ou de agressão. Assim, de acordo com essa nova sistemática, não podem os genocidas e os responsáveis pelos piores crimes cometidos contra a humanidade acobertar-se pela prerrogativa de foro, pelo fato de que exerciam uma função pública ou de liderança à época do delito.

2.3.4 A reserva legal

Uma quarta questão, algumas vezes levantada em relação à pretensa incompatibilidade da Constituição brasileira de 1988 com o Estatuto de Roma, diz respeito à reserva legal.

Aqui também não há qualquer conflito entre o Estatuto de Roma e a constituição brasileira, uma vez que aquele próprio instrumento já prevê os princípios de ‘*nullum crimen sine lege*’ e ‘*nulla poena sine lege*’³⁴, em seus arts. 22, § 1º e 23, segundo os quais, respectivamente, nenhuma pessoa “será considerada criminalmente responsável, nos termos do presente Estatuto, a menos que a sua conduta constitua, no momento em que tiver lugar, um crime da competência do Tribunal”, não podendo qualquer pessoa condenada pelo Tribunal ser punida a não ser “em conformidade com as disposições do presente Estatuto.”

Como já se verificou, o Estatuto de Roma detalhou minuciosamente os crimes de sua competência, o que se deve em grande parte ao fato de ter sido o Tribunal criado não somente para julgar nacionais de outros Estados, mas também para julgar nacionais dos próprios Estados que o criaram.

2.3.5 Respeito à coisa julgada³⁵

Uma última questão que poderia ser colocada em relação aos potenciais conflitos entre o Estatuto de Roma e a Constituição brasileira de 1988, contudo de bem mais simples resolução, diz respeito à eventual agressão à chamada coisa julgada material, definida pelo art. 467 do Código de Processo Civil brasileiro como sendo “a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

A regra constitucional brasileira, que disciplina a coisa julgada material, vem inscrita no art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição de 1988, segundo a qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

A primeira questão que se coloca diz respeito ao caso de uma pessoa sujeita à jurisdição do Tribunal Penal Internacional já ter sido julgada pelo judiciário brasileiro. Neste caso, com o trânsito em julgado da sentença cessa a sua competência, nos termos do seu art. 20, § 3º, que trata da regra do ‘ne bis in idem’, segundo o qual “o Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal, por atos também punidos pelos artigos 6º, 7º ou 8º, a menos que o processo seja outro nesse outro tribunal: a) tenha tido por objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; ou b) não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça”.

A jurisdição do Tribunal Penal Internacional, como já se viu, é subsidiária à jurisdição estatal. O Tribunal, portanto, somente atuará quando o julgamento local tiver sido forjado para absolver o autor dos crimes definidos pelo Estatuto, ou então quando a investigação e o processamento desses acusados demorar injustificadamente.

Uma segunda questão que pode ser colocada diz respeito ao caso de o Tribunal poder reexaminar as questões já decididas em último grau pelas instâncias

nacionais competentes, permissivo encontrado no art. 17 e seus parágrafos do Estatuto. Sem muita dificuldade de interpretação, pode-se dizer que é também equívoco pensar que o Estatuto de Roma ofende a coisa julgada material (resguardada, no Brasil, em última instância, pelo Supremo Tribunal Federal), em virtude da permissibilidade de o Tribunal Penal Internacional reexaminar as questões já decididas em último grau pelo judiciário nacional. Neste caso, sem dúvida, a norma constitucional brasileira deve ceder perante a jurisdição do Tribunal Penal Internacional nos mesmos termos em que a norma do inc. XLVII, alínea b, do art. 52, da Constituição (proibição das penas de caráter perpétuo) cede frente à possibilidade de prisão perpétua prevista pelo Estatuto de Roma de 1998.

Conclusão

O Tribunal Penal Internacional é um avanço, sem dúvida, no difícil propósito de estancar a impunidade na esfera internacional, tendo em vista que, mesmo através dos tribunais 'ad hoc', um sistema internacional de justiça pretendia acabar com a impunidade daqueles que violam o direito internacional, tanto em termos repressivos quanto preventivos. O Tribunal Penal Internacional visa sanar as eventuais falhas e insucessos dos tribunais nacionais, que, por vezes, deixam impunes seus criminosos, principalmente quando estes são autoridades estatais que gozam de ampla imunidade, consoante leis internas. Evita-se a criação de tribunais 'ad hoc', instituídos 'ex post facto', dignificando o respeito à garantia do princípio do juiz natural, concedendo instrumentos jurídico-processuais capazes de responsabilizar individualmente as pessoas condenadas pelo Tribunal, não deixando pairar sobre o planeta a vitória da impunidade. Assim é que uma Justiça Penal Internacional contribuirá, quer interna quer internacionalmente, para a eficácia da proteção dos direitos humanos e do direito internacional humanitário.

Relativo ao do direito brasileiro não se pode dizer que há inconstitucionalidade, tanto intrínseca quanto extrínseca, da adesão brasileira ao Estatuto de Roma. Ao contrário, na medida em que um Estado brasileiro ratifica uma convenção multilateral que visa trazer um bem-estar que a sociedade internacional

reivindica há anos, ele não está de acordo com sua Constituição, que previa a participação do Brasil na criação do Tribunal Penal Internacional, consoante o art. 7º dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias. Está, efetivamente, praticando um ato de soberania. Torna-se inegável, por conseguinte, as supostas inconstitucionalidades são aparentes.

Entretanto, surge um novo desafio, qual seja, a eficácia do Tribunal Penal Internacional, como de resto, de todos os tribunais internacionais que se criarem. Do contrário, após os fenômenos da criminalização, da penalização – que não vingaram no combate a criminalidade – estaremos diante de um novo fenômeno, o da “tribunalização”. Uma sociedade internacional justa e digna, baseada nos princípios da igualdade e da legalidade, requer que os sistemas jurídicos nacionais desenvolvam mecanismos processuais eficazes e capazes de, efetivamente, aplicar a justiça em relação aos crimes tipificados no Estatuto de Roma, respeitando-se a dignidade da vítima e do acusado, com julgamentos imparciais por juízes competentes, para que não se verifique a consagração da ‘justiça dos vencedores’, tão indesejável quanto a impunidade.

Ao encerrarmos este breve estudo, queremos compartilhar da inquietação do eminente Francisco Rezek, Juiz da Corte Internacional de Justiça, em Haia, na Holanda, que em manifestação carregada de sentimento de humanidade – mas, nem por isso, distante da razão ou desapegada do elevado censo de justiça com o qual sempre se desincumbiu de suas elevadas tarefas - que, dirigindo sua prece ao Criador, clamou:

- “Deus nos livre daquela situação em que a aplicação da Lei Penal, sobretudo aos atos humanos mais reprováveis, seja o resultado de um jogo de casualidades permeado eventualmente pelo capricho. E, Deus nos livre de, por causa desse caráter de tropelia que o procedimento assume, às vezes, termos que reconhecer que ele é inidôneo e de termos de continuar convivendo com a impunidade de grandes criminosos. Não sei qual desses males é o mais insuportável: a impunidade generalizada de crimes, como os que o Tratado de Roma tipifica, ou a sensação de que esses crimes estão sendo punidos por amostragem. Não uma amostragem por sorteio, mas determinada pela conjugação de interesses estatais, ou seja, é possível que a impunidade generalizada nos vexa menos – porque pesa menos sobre a nossa consciência – que a sensação de estarmos participando de uma grande farsa. E, a sensação, receio, poderia ser esta: a de que um dia déssemos conta de que a jurisdição penal internacional não faz mais do que dar seqüência ao que até agora vem sendo o processo do plano internacional de criminosos de grande coturno; algo determinado por um jogo de acasos, de circunstâncias, contaminado

muitas vezes por interesses políticos, facilmente identificáveis na cena internacional.”³⁶

Para o bem de todos, ‘que assim não seja’.

Referências

AMBOS, Kai & CHOUKR, Fauzi Hassan. *Tribunal penal internacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim, 1923. *Direito internacional penal: (Delicta iuris gentium)* Luis Ivoni de Amorim Araújo. - Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim & DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *Direito de família contemporâneo e novos direitos: estudos em homenagem ao professor José Russo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ARENT, Hannah. *The origins of totalitarianism*. New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1973.

BARRAL, Welber. *Tribunais internacionais: Mecanismos contemporâneos de solução de controvérsias*. Florianópolis : Fundação Boiteux, 2004.

BAZELAIRE, Jean-Paul & CRETIN, Thierry. *A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia* São Paulo: Manole, 2004. Tradução de Luciana Pinto Venâncio. Barueri.

BECCARIA. Cesare Bonesana. Marchesi de, 1738-1794. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 1997. Tradução Lucia Guidicini, Alessandro Beni Contessa.

BRASIL. *Código de processo civil*. 36ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. *Constituição da república federativa do Brasil*: 39 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. *O tribunal penal internacional e a constituição brasileira*. O que é o Tribunal Penal Internacional. Brasília: Câmara dos Deputados / Coordenação de Publicações, 2000.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CASSESE, Antonio & MIREILLE, Delmas-Marty. [organização], *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*; tradução de Silvio Antunha. - Barueri, SP : Manole, 2004.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Curso de direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Luís Ivani de Amorim Araújo pelo seu 80º aniversário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza, 1941. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GHIDALEVICH, Fabíola Girão Monteconrado. *O estatuto de roma e a aparente violação à soberania dos estados: a superação das divergências existentes da legislação brasileira*. 'in' *Direito de família contemporâneo e novos direitos: estudos em homenagem ao professor José Russo*. Florisbal de Souza Del ' Olmo, Luíz Ivani de Amorim Araújo, coordenadores. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GORAIEB, Elizabeth. *Tribunal penal internacional: uma conquista contra a impunidade*. In *Curso de Direito Internacional Contemporâneo*. Florisbal de Souza Del ' Olmo (coordenador). Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. Ijuí: Unijuí, 2004. 2 v. ISBN: 85 – 7429345-8.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *O tribunal penal internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade*. Disponível em <<http://www.scielo.br/# not 15>> Acesso em 16.09.2006.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Tribunal Penal Internacional e o direito brasileiro*. São Paulo: Premier Máxima, 2005.

MAZZUOLI, Valério Oliveira. *Tratados internacionais: com comentários à Convenção de Viena de 1969*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

NOTÁVEIS do Direito Penal. *Livro em homenagem ao emérito prof. RENÉ ARIEL DOTTI*. Prólogo de Eugenio Raúl Zaffaroni. Brasília, Brasil, Editora Consulex. 2006.

REVISTA, *Trimestral de jurisprudência*. RTJ nº 115. Brasília, DF: STF. 13-02-2003.

REZEK, Francisco. *O tribunal penal internacional e a constituição brasileira*. Revista CEJ. Brasília, nº 11, maio/ago, 2000.

² FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Pequeno dicionário brasileiro da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: 1995. 11 edição. 15ª tiragem. Significa que não é compatível, que não se pode acumular, que não pode harmonizar-se, inconciliável. Aqui também será utilizada como sinônimo de inconstitucionalidade e/ou antinomia, evitando-se, assim, a repetição de expressões, que a nosso juízo, demonstra deficiência de vocabulário.

³ MAZZUOLI(a), Valério de Oliveira. *O tribunal penal internacional e o direito brasileiro*. São Paulo: Premier Máxima, 2005. p. 30.

⁴ Idem, p. 30.

⁵ Ibidem, p.30.

⁶ MAZZUOLI (a), Op. Cit. p. 550.

⁷ Idem, p.550.

⁸ GORAIEB, Elizabeth. *Tribunal penal internacional: uma conquista contra a impunidade*. In: Curso de Direito Internacional Contemporâneo. Florisbal de Souza Del'Olmo (coordenador). Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 258-265.

⁹ Idem. Op. Cit. p. 266-275.

¹⁰ JARDIM, Tarciso Dal Maso. "O tribunal penal internacional e sua importância para os direitos humanos". In: O que é o Tribunal Penal Internacional. Brasília: Câmara dos Deputados/Coordenação de Publicações, 2000 (Série ação parlamentar, nº 110, p. 16-17).

- ¹¹ FELIPE, Donaldo J. *Dicionário de expressões latinas*. Campinas: Editora Julex Livros Ltda, 1985. v 1. Expressão latina, cuja tradução para o vernáculo significa: após o fato acontecido, posteriormente à ocorrência do fato.
- ¹² MAZZUOLI (a), Op. Cit. p. 550.
- ¹³ MAZZUOLI (a), Op. Cit. p. 551.
- ¹⁴ JARASCH, Frank. *Estabelecimento, Organização e financiamento do CIC e as cláusulas finais (parte I, IV, XI e XIII)*. In: AMBOS, Kai & CHOUKR, Fauzi Hassan. *Tribunal penal internacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 83-90.
- ¹⁵ MAZZUOLI (b), Valerio de Oliveira. *O tribunal penal internacional e o direito brasileiro*. São Paulo: Premier Máxima, 2005. p. 40.
- ¹⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan. *O Ministério Público e o Tribunal Penal Internacional: Análise do Tratado de Roma*. In: AMBOS, Kai & CHOUKR, Fauzi Hassan. *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 305-321.
- ¹⁷ MAZZUOLI(b), Op. Cit. , p. 41.
- ¹⁸ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade*. Disponível em <[http://www.scielo.br/# not 15](http://www.scielo.br/#not15)> Acesso em 16.09.2006.
- ¹⁹ MAZZUOLI (a). Op. Cit. p. 562-563.
- ²⁰ CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. *O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira*. In: O que é o Tribunal Penal Internacional. Brasília: Câmara dos Deputados / Coordenação de Publicações, 2000. p.14.
- ²¹ BAZELAIRE, Jean-Paul & CRETIN, Thierry. *A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia*. São Paulo: Manole, 2004. Tradução de Luciana Pinto Venâncio. Barueri.
- ²² MAZZUOLI (a). Op. Cit. p. 551.
- ²³ MAZZUOLI (a). Op. Cit. p. 551.
- ²⁴ CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- ²⁵ MASSUOLI (c), Valério Oliveira. *Tratados Internacionais: com comentários à Convenção de Viena de 1969*. 2 ed., ver., ampl. e atual. - São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 247 – 252.
- ²⁶ MAZZUOLI (a), p.565.
- ²⁷ Ver DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Reflexões sobre a extradição na contemporaneidade*. In: Curso de Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Luís Ivani de Amorim Araújo pelo seu 80º aniversário. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 355 – 366.
- ²⁸ CACHAPUZ DE MEDEIROS. Op. Cit. p.14.
- ²⁹ MAZZUOLI (a). Op. Cit. p. 567.

³⁰ GHIDALEVICH, Fabíola Girão Monteconrado. *O Estatuto de Roma e a aparente violação à soberania dos Estados: a superação das divergências existentes da legislação brasileira*. In: Direito de família contemporâneo e novos direitos: estudos em homenagem ao Professor José Russo. Florisbal de Souza Del ' Olmo, Luíz Ivani de Amorim Araújo, coordenadores. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.202-203.

³¹ Cf. RTJ nº 115/969.

³² CACHAPUZ DE MEDEIROS. Op. Cit. p.15.

³³ FRULLI, Micaela. *O Direito Internacional e os obstáculos à implantação de responsabilidade penal para crimes internacionais*. In: CASSESE, Antonio & MIREILLE, Delmas-Marty. [organização], Crimes internacionais e jurisdições internacionais; tradução de Silvio Antunha. - Barueri, SP : Manole, 2004. p.269 - 286

³⁴ BECCARIA, Cesare Bonesana. Marchesi de, 1738-1794. *Dos delitos e das penas*. São Paulo : Martins Fontes, 1997. Tradução Lucia Guidicini, Alessandro Beni Contessa. p. 23.

³⁵ GHIDALEVICH. Op. Cit. p. 205-208.

³⁶ REZEK, Francisco. *O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira*. Revista CEJ.Brasília, nº 11, maio/ago, 2000.

