

**O TRIBUNAL PENAL  
INTERNACIONAL: DIFICULDADES  
PARA SUA IMPLEMENTAÇÃO NO  
BRASIL**

**Carlos Eduardo Adriano Japiassú  
Alexandra Rosa Adriano**

**Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes**

**Vol. 10**

**Rio de Janeiro – 2005**

**Pp. 107-128**

<http://www.uclm.es/idp>

© Publicaciones del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional

Real Casa de la Misericordia - C/ Altagracia, 50

13071 – Ciudad Real (España)

Tlfn.: (+34) 926 295 234 – Fax.: (+34) 926 295 235

# O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: DIFICULDADES PARA SUA IMPLEMENTAÇÃO NO BRASIL

Carlos Eduardo Adriano Japiassú<sup>1</sup> e

Alessandra Rosa Adriano<sup>2</sup>

## 1. Introdução

O presente estudo se refere à incorporação do Estatuto de Roma, que estabeleceu o Tribunal Penal Internacional, a partir de sua ratificação pelo Estado brasileiro e pela edição do Decreto n.º 4.388/2002 e, mais recentemente, com o advento da Emenda Constitucional n.º 45/2004, que implementou a chamada reforma do Judiciário.

Ressalte-se que tais medidas têm fundamental importância para a incorporação, ao direito brasileiro, de institutos do direito penal internacional. Dessa maneira, surgiu discussão quanto à compatibilidade entre dispositivos constantes no tratado internacional mencionado e outros há muito vigentes no direito brasileiro, visto que o direito brasileiro é baseado em raízes do modelo romano-germânico e o direito penal internacional, por sua vez, está assentado fundamentalmente no direito da *common law* e, secundariamente, no direito francês.<sup>3</sup>

Diante do exposto, pretende-se discutir os pontos que pode haver contraste entre o ordenamento jurídico brasileiro e o recente documento internacional incorporado à lei brasileira, mencionando as, aparentemente, superadas dificuldades para a ratificação do Estatuto de criação do Tribunal Internacional e os atuais problemas para a sua implementação.

---

<sup>1</sup> Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Professor do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito de Campos e Secretário Geral Adjunto da *Association Internationale de Droit Penal*.

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

<sup>3</sup> Sobre o tema, vide AMBOS, Kai. *La Parte General del Derecho Penal Internacional*. Bogotá: Temis, 2005, p. 48/50.

Assim, inicialmente, serão apresentados um esboço histórico - referente ao aparecimento da jurisdição penal internacional permanente e à participação brasileira - e a sua incorporação ao direito pátrio, assim como as características fundamentais do Tribunal.

A seguir, serão apresentadas objeções formuladas por ocasião da ratificação, que estabelece a jurisdição penal permanente, bem como as razões apresentadas pelos representantes no Estado brasileiro para superar tais críticas.

Por fim, passar-se-á à análise, a partir do anteprojeto de lei para implementação do Tribunal Penal Internacional, das dificuldades impostas para que possa gerar os efeitos pretendidos no direito brasileiro, incorporando uma série de conquistas já assentadas internacionalmente, quanto à proteção dos direitos humanos em escala planetária.

## **2. O Brasil e o Tribunal Penal Internacional**

O direito penal internacional ocupa, hoje, uma posição e requer um desenvolvimento, como nunca antes na história da humanidade. Condições específicas, decorrentes do fim da bipolarização, ao lado da eclosão de conflitos étnicos, nacionais e religiosos, como conseqüências como conflitos armados recentes e a eclosão de ataques terroristas de grandes proporções, permitiram e requereram o estabelecimento de um arcabouço jurídico, na esfera internacional, como jamais fora possível.

Os julgamentos realizados em Nuremberg e em Tóquio, ao final da Segunda Guerra Mundial, podem ser apontados como precedentes históricos de julgamentos penais internacionais. Todavia, foram os últimos quinze anos, particularmente após a queda do Muro de Berlim, que permitiram uma evolução de um projeto há muito acalentado, o do estabelecimento da jurisdição penal internacional permanente, passando pelos Tribunais Penais Internacionais *ad hoc*, em especial, o para a antiga Iugoslávia e para Ruanda.

Nesse período, o Estado brasileiro tem apoiado essas iniciativas de maneira muito clara, o que pode ser comprovado por algumas demonstrações muito evidentes.

Quando do surgimento dos mencionados Tribunais *ad hoc*, o para a ex-Iugoslávia, decidiu-se, por meio da Resolução 827 (1993), e o para Ruanda, com a Resolução 955 (1994) o Brasil pertencia ao Conselho de Segurança da ONU, como membro não permanente.

Na Conferência de Roma, de 15 de junho a 17 de julho de 1998, quando foi aprovado o Estatuto que constitui o Tribunal Penal Internacional Permanente, o Brasil foi um dos 120 votos a favor, sendo que também houve 7 contrários (Estados Unidos, Filipinas, China, Índia, Israel, Sri Lanka e Turquia), além de 21 abstenções, dentre os 162 Estados-Membros das Nações Unidas que lá se fizeram representar.

O Brasil assinou o tratado em 7 de fevereiro de 2000 e depositou o instrumento de ratificação em 20 de junho de 2002, tendo o Presidente da República promulgado o Estatuto de Roma, por força do Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002.

Nesse ínterim, entre assinatura e ratificação, foi constituída, no seio do Ministério da Justiça, um Grupo de Trabalho instituído pela Portaria n.º 1.036/2001, para elaborar a legislação de implementação do Estatuto de Roma. Foi composto pelos seguintes membros: Tarciso Dal Maso Jardim (coordenador), Adriana Lorandi, Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros, Carlos Frederico de Oliveira Pereira, Ela Wiecko V. de Castilho, George Rodrigo Bandeira Galindo, Gustavo Henrique Ribeiro de Melo, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, Raquel Elias Ferreira Dodge, Rafael Koerig Gessinger e Sylvia Helena de Figueiredo Steiner.

Este Grupo de Trabalho apresentou, em 25 de outubro de 2002, “Anteprojeto de Lei que define o crime de genocídio, os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional e dá outras providências”. Este Anteprojeto foi, então, enviado para a Presidência da República. Após parecer da Sub-Chefia de Assuntos Jurídicos da Presidência da República, foi constituída nova

comissão, no âmbito da Secretaria Especial de Direitos Humanos, onde aguarda a conclusão dos trabalhos de revisão.<sup>4</sup>

Além disso, indicou-se Sylvia Helena de Figueiredo Steiner para ser juíza do Tribunal Penal Internacional<sup>5</sup> para o qual acabou sendo escolhida em 2003.

Por fim, frise-se que a Emenda Constitucional n.º 45/2004 inseriu o artigo 5.º, § 4.º, com a seguinte redação: “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”. Em realidade, o texto acima descrito teve origem no projeto de emenda aglutinativa proposta pelo Deputado José Roberto Batochio e que previa a inclusão, no art. 109, da Constituição Brasileira, do § 6º, com idêntica redação àquela do dispositivo acima mencionado.<sup>6</sup>

### **3. O Tribunal Penal Internacional**

O Estatuto de Roma é o instrumento legal que rege a competência e o funcionamento do Tribunal Penal Internacional (Artigo 1º). Possui natureza jurídica de tratado internacional. É composto por 128 artigos, divididos em XIII Capítulos ou Partes, os quais dispõem sobre a criação do Tribunal; competência, admissibilidade e direito aplicável; princípios gerais de direito penal; composição e administração do Tribunal; inquérito e procedimento criminal; julgamento; penas; recurso e revisão; cooperação internacional e auxílio judiciário; execução da pena; assembléia dos estados partes; financiamento e cláusulas finais.

Em seu Preâmbulo, o Estatuto de Roma demonstra a preocupação dos Estados Partes em, apesar das peculiaridades de cada povo e região do mundo, reforçar a idéia

---

<sup>4</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *O Anteprojeto de lei de adaptação da legislação brasileira ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional: tramitação e questões constitucionais polêmicas*. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; WOISCHNIK, Jan. *Temas actuales del derecho penal internacional: contribuciones de América Latina, Alemania y España*. Fundación Konrad Adenauer: Montevideo, 2005, p. 97.

<sup>5</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *O Brasil e o Tribunal Penal Internacional*. In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. N. 122, São Paulo: IBCCrim, janeiro/ 2003, p. 3.

<sup>6</sup> DOTTI, René Ariel. *Breves notas sobre a Emenda*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et alii*. *Reforma do Judiciário: primeiras reflexos sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005, p. 637.

da existência de laços comuns entre eles, de forma a buscar a manutenção de um convívio pacífico. Relembrando das atrocidades até então cometidas, reconhece o Estatuto que crimes de tamanha gravidade constituem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade e, portanto, não devem ficar impunes.

O Preâmbulo aborda ainda aspectos relevantes do Tribunal Penal Internacional. Afirma que o Tribunal tem caráter permanente e independente, no âmbito do sistema das Nações Unidas, possui jurisdição sobre os crimes de maior gravidade que afetam a comunidade internacional, sendo complementar às jurisdições penais nacionais.

O princípio da complementaridade suscitou discussões ao longo dos trabalhos preparatórios e durante a própria Conferência de Roma. O grupo formado pelos membros permanentes do Conselho de Segurança da ONU defendia a adoção de um Estatuto mais conservador, enquanto o grupo dos *like-minded states*<sup>7</sup> era favorável a ampliação da competência do Tribunal.<sup>8</sup>

De forma a atingir um consenso, “o princípio da complementaridade foi escolhido como norteador das relações entre as jurisdições nacionais e a do Tribunal”.<sup>9</sup> “Significa que somente estará legitimado o órgão jurisdicional internacional, em tendo havido inércia dos correspondentes nacionais”.<sup>10</sup> Este caráter garante uma intervenção não tão drástica nos Estados nacionais.<sup>11</sup> Marrielle Maia<sup>12</sup> destaca a importância da aplicação deste princípio ao TPI pois, desta forma, não se afasta a responsabilidade das jurisdições criminais internas em exercer sua função ordinária de persecução dos crimes internacionais. Ademais, é possível crer que este caráter impulsionará os Estados Partes no trabalho de implementação da legislação adequada a repressão de tais crimes em âmbito nacional.

---

<sup>7</sup> Grupo de países que muito se esforçou para que a Conferência de Roma atingisse seu objetivo e um Tribunal Penal Internacional fosse criado. Defendiam a criação de uma Corte com jurisdição automática e ilimitada, a existência de um promotor independente, com legitimidade para iniciar investigações e o estabelecimento de uma definição de crimes de guerra capaz de englobar aqueles cometidos em um conflito armado interno. Em abril de 1998 esses países eram África do Sul, Alemanha, Austrália, Áustria, Argentina, Bélgica, Canadá, Chile, Croácia, Dinamarca, Egito, Eslováquia, Finlândia, Grécia, Guatemala, Hungria, Irlanda, Itália, Lesoto, Países Baixos, Nova Zelândia, Noruega, Portugal, Samoa, Suécia, Suíça, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela.

<sup>8</sup> MAIA, Marrielle. *Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.77

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 78.

<sup>10</sup> JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 160-161.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 169.

<sup>12</sup> MAIA, *op. cit.*, p.80.

Já o Artigo 4º do Estatuto de Roma dispõe que o Tribunal tem personalidade jurídica internacional, possuindo a capacidade jurídica necessária ao desempenho das suas funções e à realização de seus objetivos. Os Artigos 5º a 8º tratam dos crimes de competência do Tribunal (competência *ratione materiae*), quais sejam, os crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra e de agressão, a serem vistos posteriormente.

A competência *ratione temporis* é estabelecida pelo Artigo 11 que traz, como regra geral, que o Tribunal só terá competência relativamente aos crimes cometidos após a entrada em vigor do Estatuto. Caso um Estado se torne parte no Estatuto depois de sua entrada em vigor, o Tribunal só poderá exercer sua competência em relação aos crimes cometidos após o ato de adesão do respectivo Estado, salvo declaração do mesmo em sentido contrário (Artigo 12, (3)).

*Ratione personae*, a competência do Tribunal Penal Internacional será exercida somente sobre indivíduos, maiores de 18 anos. Portanto, não haverá exercício de jurisdição do Tribunal em face de pessoas jurídicas como organizações, Estados ou entidades legais.<sup>13</sup>

Como condições prévias ao exercício da jurisdição da Corte Penal, o crime imputado deve ter sido cometido no território de um dos Estados Partes ou por um de seus nacionais. Ademais, o Tribunal poderá exercer sua jurisdição quando um Estado *não-parte* consentir e o crime houver sido cometido em seu território ou por um de seus nacionais.<sup>14</sup>

Verificadas as condições prévias, o Tribunal poderá exercer jurisdição sob os crimes de sua competência caso um Estado Parte ou *não-parte* (de acordo com o Artigo 12, (3)) denuncie ao Procurador uma situação fática que possua indícios da prática de um ou mais crimes. O Conselho de Segurança da ONU, nos termos do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, também poderá apresentar ao Procurador denúncia, não sendo necessário, neste caso, observar as supracitadas condições prévias. Outrossim, caberá ao Procurador a possibilidade, por sua iniciativa própria, de iniciar investigação com base em informações sobre a prática de crimes de competência do Tribunal, após obter a aprovação do Juízo de Instrução.

---

<sup>13</sup> BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to International Criminal Law*. New York: Transnational Publishers, 2003, p. 506.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 503.



## 4. Dificuldades para ratificação

### 4.1 Pena de prisão perpétua

A pena de prisão perpétua é cominada pelo Estatuto de Roma aos crimes de sua competência, quando a extrema gravidade do delito e as circunstâncias individuais do condenado a justifique. Essa é a disposição contida no Artigo 77 (1) (b) do referido instrumento. Afirma-se que a sua inclusão no texto final teve como objetivo alcançar um consenso possível entre as delegações participantes do processo de elaboração do Estatuto, com o condão principal de evitar que, para os mesmos crimes, fosse estabelecida a pena de morte.<sup>15</sup> As delegações de países da *common law* pugnaram pela previsão da pena de morte, sustentando que a gravidade dos crimes a serem julgados pela Corte seria assim reforçada. Já os países da *civil law*, os quais conferem à pena uma finalidade mais utilitária do que retributiva, discordaram de forma veemente desta previsão. Não somente a pena de morte era rechaçada por estes últimos. Os países da *civil law* também se opunham à inclusão da pena de prisão perpétua no Estatuto de Roma. Prevaleceu a corrente conciliadora, contendo o texto final a previsão da pena de prisão perpétua, aplicada a casos excepcionais e admitindo-se a sua revisão.<sup>16</sup>

Diferentemente, a Constituição brasileira, em seu Artigo 5º, XLVII, b, estabelece ser vedada a aplicação de penas de caráter perpétuo. Desta forma, no entendimento de Cezar Roberto Bitencourt,<sup>17</sup> a pena de prisão perpétua não pode ser instituída no Brasil nem por meio de Tratados Internacionais, nem por Emenda Constitucional, uma vez que as garantias do Artigo 5º configuram cláusulas pétreas.<sup>18</sup> Em consequente, discutiu-se a existência de incompatibilidade entre o Estatuto de Roma

---

<sup>15</sup> STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. O Tribunal Penal Internacional, a pena de prisão perpétua e a Constituição Brasileira. In: *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: RT, 2003, p. 451; BITENCOURT, Cezar Roberto. Tribunal Penal Internacional – prisão perpétua: inconstitucionalidade. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 297, julho 2002, p. 65; PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela Ribeiro. O Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 18., 2002, Salvador, BA. *Anais da XVIII Conferência Nacional dos Advogados: cidadania, ética e estado*. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2003, p. 1334.

<sup>16</sup> STEINER, *op. cit.*, p. 449.

<sup>17</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tribunal Penal Internacional – prisão perpétua: inconstitucionalidade. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 297, julho 2002, p. 65.

<sup>18</sup> Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 60, § 4º, IV.

e a Constituição Federal, sustentando-se a impossibilidade de ratificação daquele. A reforçar esta idéia, aventou-se a norma do Artigo 120 do Estatuto de Roma, segundo a qual não se admitem reservas para a adesão ao Tribunal. Assim, o Brasil estaria impedido de fazê-las em relação à pena de prisão perpétua e, portanto, impedido de ratificar o Estatuto de Roma.

Contudo, apesar da existência de opiniões divergentes, prevaleceu o entendimento de que, no aspecto em questão, o conflito entre o Estatuto de Roma e a Constituição brasileira era apenas aparente, o que tornou possível a ratificação do instrumento sem que se fizesse necessária qualquer reforma constitucional.<sup>19</sup>

Alguns argumentos embasaram esta posição. O primeiro deles, e talvez o de maior peso, foi o de que o elenco de direitos e garantias previsto pela Carta Constitucional brasileira é aplicado nas relações entre o Estado e o indivíduo em seu território.<sup>20</sup> Sendo assim, a disposição que veda a pena de prisão perpétua, presente no Artigo 5º, XLVII, b, da Constituição Federal, encontra-se direcionada ao legislador interno, tendo em vista os crimes domésticos, não cabendo restrições aos *legisladores* do direito internacional e, por essa razão, não sendo aplicável aos crimes cometidos contra este ramo do direito e reprimidos pelo Tribunal Penal Internacional.<sup>21</sup>

Nas palavras de Sylvia Helena de Figueiredo Steiner:<sup>22</sup>

As normas de direito penal da Constituição regulam o sistema punitivo interno. Dão a exata medida do que o constituinte vê como justa retribuição. Não se projetam, assim, para outros sistemas penais aos quais o país se vincule por força de compromissos internacionais.

Em um outro argumento, sustentou-se a idéia da prevalência dos princípios em relação às regras constitucionais. Neste contexto, apontou-se que a Constituição Federal, em seu Artigo 1º, III, estabelece como um dos fundamentos da República a dignidade da pessoa humana. Ademais, o Artigo 4º, II, da Carta Constitucional prevê que a República Federativa Brasileira reger-se-á, nas suas relações internacionais, pela prevalência do direitos humanos. Ainda, no Ato das Disposições Constitucionais

---

<sup>19</sup> JAPIASSÚ, *op. cit.*, p. 207.

<sup>20</sup> STEINER, *op. cit.*, p. 453.

<sup>21</sup> MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/cartilha.htm>>. Acesso em: 19 março 2005.

<sup>22</sup> STEINER, *op. cit.*, p. 454.

Transitórias (ADCT), consta a norma do Artigo 7º, de acordo com a qual o Brasil propugnará pela criação de um Tribunal Internacional de Direitos Humanos. Considerando que os objetivos do TPI traduzem a prevalência da proteção de tais direitos, afirma-se haver convergência entre a Constituição brasileira e o Estatuto de Roma, no que diz respeito aos princípios relativos aos direitos humanos.<sup>23</sup>

Apontou-se, também em caráter argumentativo, que existe no ordenamento jurídico brasileiro a previsão da pena de morte, no caso de guerra,<sup>24</sup> bem como, para uma série de crimes previstos no Código Penal Militar. Sendo assim, “não há, pois, uma restrição moral ou substancial do constituinte contra a pena de morte”,<sup>25</sup> o que demonstra ser a vedação das penas capitais e de caráter perpétuo uma opção do legislador interno, sem interferência na apenação dos crimes internacionais sob a jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

Por fim, cabe destacar que, a despeito da previsão da pena de prisão perpétua pelo Estatuto de Roma, sua ratificação pelo Brasil não implica na adoção desta pena pelo ordenamento jurídico interno. Conforme dispõe o Artigo 80 do Estatuto, nada prejudicará a aplicação pelos Estados das penas previstas nos respectivos direitos internos, ou a aplicação da legislação de Estados que não preveja as penas referidas no Estatuto.<sup>26</sup> Destarte, não foi necessária a adoção interna da pena de prisão perpétua pelo Brasil para adequar-se ao Estatuto de Roma. Corrobora-se, assim, o entendimento de que não há incompatibilidade entre o Estatuto de Roma e o ordenamento jurídico brasileiro, no que tange à pena de prisão perpétua.

#### 4.2 Entrega como medida de cooperação

O Capítulo IX do Estatuto de Roma trata da cooperação internacional e do auxílio judiciário, e compreende os Artigos 86 a 102. O regime de cooperação entre os Estados partes e o Tribunal Penal Internacional é fundamental para a viabilidade e o êxito desta instituição.<sup>27</sup> Para o devido exercício do dever de cooperação, os Estados devem ter em seus ordenamentos internos disposições a respeito de procedimentos

---

<sup>23</sup> STEINER, *op. cit.*, p. 452-453.

<sup>24</sup> Constituição da República Federativa do Brasil, Artigo 5º, inciso XLVII, letra a.

<sup>25</sup> STEINER, *op. cit.*, p. 457.

<sup>26</sup> PIOVESAN, *op. cit.*, p. 1335.

<sup>27</sup> MEDEIROS, *op. cit.*.

aplicáveis a cooperação, ou seja, “os Estados devem estar legalmente preparados para cooperar”.<sup>28</sup> Uma das obrigações previstas pelo Estatuto é a detenção e entrega de indivíduos, conforme disposição do Artigo 89 (1). Sublinhe-se que o instrumento internacional não estabelece qualquer tipo de ressalva a respeito da entrega de nacionais.

Tendo em vista que a extradição de brasileiros é vedada pelo Artigo 5º, LI, da Constituição Federal (salvo a de brasileiro naturalizado, em caso de crime comum praticado antes da naturalização ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes), surgiu discussão acerca da impossibilidade de o Brasil ratificar o Tratado de Roma, uma vez que o país estaria impedido de extraditar nacionais. Encontrou-se a solução para este impasse na diferenciação entre os institutos da entrega e da extradição.

Esta última, de acordo com Francisco Xavier da Silva Guimarães<sup>29</sup> é “medida procedimental de assistência internacional, disciplinadora da entrega do estrangeiro ao país que o reclame, com o objetivo claro de facilitar e assegurar a eficácia da ação da justiça. Enseja ela a perseguição do delinqüente através das fronteiras.”

A entrega, contudo, trata-se de instituto diverso, *sui generis*, “em que o Estado transfere determinada pessoa a uma jurisdição penal internacional que ajudou a construir.”<sup>30</sup> O próprio Tratado de Roma, no Artigo 102, estabelece o conceito dos referidos institutos, esclarecendo, assim, que esses possuem natureza diversa: por entrega, entende-se a rendição de uma pessoa ao Tribunal Penal Internacional; por extradição, entende-se a rendição de uma pessoa por um Estado a outro.

Note-se que os principais objetivos da norma do Artigo 5º, LI, da Constituição Federal, que veda a rendição de nacionais, são “resguardar o princípio da igualdade entre dois Estados soberanos”<sup>31</sup> e evitar que a justiça estrangeira conduza de maneira imparcial o seu julgamento.<sup>32</sup> Esta última preocupação não se aplica ao TPI, visto que este “não será uma jurisdição estrangeira, mas uma jurisdição internacional, de cuja

---

<sup>28</sup> JAPIASSÚ, *op. cit.*, p. 210.

<sup>29</sup> GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. *Medidas compulsórias, a deportação, a expulsão e a extradição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 69.

<sup>30</sup> JARDIM, Tarciso Dal Maso. . *O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/cartilha.htm>>. Acesso em: 19 março 2005.

<sup>31</sup> PIOVESAN, *op. cit.*, p. 1340.

<sup>32</sup> MEDEIROS, *op. cit.*.

construção o Brasil participa, e terá, portanto, um vínculo muito mais estreito com a Justiça nacional.”<sup>33</sup> (grifo do autor)

Somando-se à diferença existente entre os institutos da entrega e da extradição a principiologia que rege a Constituição Federal e a orienta de acordo com a prevalência dos direitos humanos, afastada encontra-se a eventual incompatibilidade entre a Lei Maior brasileira e o Estatuto de Roma, em relação ao instituto da entrega.

#### 4.3 Irrelevância das imunidades e prerrogativas

O Artigo 27 do Estatuto de Roma traz a regra da irrelevância da qualidade oficial do indivíduo a ser julgado pelo Tribunal Penal Internacional. Em seu parágrafo (1), refere-se aos Chefes de Estado ou Governo, membros do Governo ou do Parlamento, representantes eleitos ou funcionários públicos, estabelecendo que o exercício de tais funções não eximirá pessoa alguma de responsabilidade criminal, nem mesmo constituirá motivo de redução de pena. O parágrafo (2) dispõe que as imunidades ou normas de procedimentos especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa, nos termos do direito interno ou internacional, não deverão obstar o exercício da jurisdição pelo Tribunal.

Para Flávia Piovesan e Daniela Ribeiro Ikawa,<sup>34</sup> a questão das imunidades está relacionada ao conceito de soberania. Desta forma, as autoras apontam a existência de quatro espécies de soberania, dentre as quais, duas merecem destaque: a soberania doméstica, referente à organização interna do Estado e a soberania legal internacional, concernente ao reconhecimento do Estado como um igual na esfera internacional.

Partindo desta premissa, vê-se que as regras brasileiras relativas às imunidades em geral e às prerrogativas de foro por exercício de função são regras de ordem interna, as quais buscam manter o equilíbrio e a independência existentes entre os poderes que compõe o ordenamento interno. Trata-se, portanto, de aspecto relativo à soberania doméstica. São exemplos dessas regras, as normas dos Artigos 53 e 86 da Constituição Federal. O primeiro estabelece a imunidade parlamentar e o segundo concede imunidade relativa ao Presidente da República no que tange aos crimes comuns.

---

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> PIOVESAN; IKAWA, *op. cit.*, 1337-1340

Já a soberania legal internacional encontra-se prevista no Artigo 1º, I e no Artigo 4º, IV, ambos da Constituição Federal.<sup>35</sup> Aquele dispõe, genericamente, que a soberania é um dos fundamentos da República brasileira. Este último, de forma mais específica, estabelece que, nas suas relações internacionais, o Brasil rege-se pelo princípio da não-intervenção. Entretanto, esta idéia de soberania, centralizada na figura do Estado, vem perdendo força desde o fim da Segunda Guerra Mundial, graças ao surgimento de novos sujeitos no âmbito do direito internacional, como as organizações intergovernamentais e os indivíduos, bem como, em decorrência da posição norteadora assumida pelos valores humanos em oposição aos valores dos Estados, no sistema internacional.<sup>36</sup>

No plano da soberania internacional, Kai Ambos<sup>37</sup> sublinha que é preciso distinguir entre a imunidade perante uma Corte Internacional e a imunidade entre Estados. Havendo a persecução de crimes internacionais por um terceiro Estado, aplica-se a regra *par in parem non habet imperium* (entre iguais não há quem domine) e, sendo assim, um Estado não pode julgar outro perseguindo seus funcionários (imunidade estatal). Busca-se por meio da imunidade estatal e diplomática preservar o funcionamento normal das relações interestatais. Por outro lado, destaca o mesmo autor que não existe imunidade como obstáculo processual para persecução de crimes internacionais por Cortes Internacionais. Flávia Piovesan e Daniela Ribeiro Ikawa<sup>38</sup>, ratificando este entendimento, afirmam que, em se tratando de uma Corte Internacional como o TPI, devem prevalecer os valores humanos e não estatais e, conseqüentemente, o princípio da soberania que serve de base ao estabelecimento das imunidades deve ser flexibilizado. Nas suas palavras: “a regra da imunidade foi delineada no intuito de proteger a soberania de um Estado frente a outro estado, não de bloquear o exercício da jurisdição por uma Corte Internacional.”<sup>39</sup>

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

---

<sup>35</sup> *Ibid.*, p.1338.

<sup>36</sup> *Loc. cit.*

<sup>37</sup> AMBOS, Kai. *Implementação do Estatuto de Roma na legislação nacional*. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel. (Coord.) *Persecução penal internacional na América Latina e Espanha* / tradução e organização – IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, 2003, p.31.

<sup>38</sup> PIOVESAN; IKAWA, *op. cit.*, p.1339.

<sup>39</sup> *Loc. cit.*

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.”<sup>40</sup>

#### 4.4 Reserva legal e indeterminação das penas

Como anteriormente explicitado, o Estatuto de Roma contempla o princípio da legalidade nos Artigos 22 a 24, buscando atender aos seus diversos aspectos.<sup>41</sup> Apesar da controvérsia acerca da aplicabilidade ou não do referido princípio no âmbito do direito penal internacional, a qual se estabelece em razão da natureza consuetudinária do direito internacional, é possível afirmar que o princípio da reserva legal é uma espécie de dogma inafastável, o qual “constitui exigência da segurança jurídica, como garantia contra o abuso e a arbitrariedade.”<sup>42</sup>

William A. Schabas,<sup>43</sup> de maneira crítica, afirma que o Estatuto de Roma parece demonstrar uma *verdadeira obsessão* pelo princípio legalidade. Contudo, nota-se que ao abordar o tema, o diploma legal internacional deixou de atender integralmente àquele, em pelo menos dois aspectos: o Artigo 22 (3) estabelece que a tipificação de uma conduta como crime sob o direito internacional não será limitada pelas regras do Estatuto, e o Artigo 77, por sua vez, traz as penas a serem aplicadas pelo Tribunal de forma genérica, não as cominando especificamente a cada tipo penal.<sup>44</sup>

No que concerne ao princípio da legalidade no direito brasileiro, vê-se que este se encontra insculpido no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal,<sup>45</sup> o qual estabelece que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia

---

<sup>40</sup> *Ibid.*, p.1340.

<sup>41</sup> Vide item 2.2.

<sup>42</sup> JAPIASSÚ, *op. cit.*, p. 155.

<sup>43</sup> SCHABAS, William A.. Princípios Gerais de Direito Penal. In: CHOURK, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. (Org.) *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2000, p. 159.

<sup>44</sup> JAPIASSÚ, *op. cit.*, p. 156.

<sup>45</sup> No plano infraconstitucional, a mesma regra é encontrada no Artigo 1º do Código Penal Brasileiro.

cominação legal. Já o inciso XLVI, do mesmo dispositivo constitucional, determina que as penas deverão ser individualizadas por lei (princípio da individualização da pena).

Aventou-se, por assim ser, a ocorrência de incompatibilidade entre Estatuto de Roma e a Constituição Federal uma vez que os princípios da legalidade e da individualização da pena, observados no direito interno, estariam sendo violados pelo instrumento legal internacional.

O deslinde desta questão encontrou-se em estabelecer a forma de atuação do princípio em tela no direito interno e no direito internacional. No direito interno, considerando a existência de um poder central, dotado de mecanismos de coerção e persecução, é possível, e até mesmo necessário, exigir-se um maior grau de taxatividade e certeza quanto a determinação dos tipos penais e a cominação individualizada das penas<sup>46</sup>. O princípio da legalidade é aplicado, portanto, de forma estrita.

Por outro lado, no que diz respeito ao direito internacional, conforme afirma M. Cherif Bassiouni,<sup>47</sup> o princípio da legalidade é sem dúvida aplicável, porém, não é possível determinar o grau de especificidade que este princípio requer quando se trata de normas internacionais. A dispersão das forças que atuam no plano internacional torna frágil a implementação de um sistema punitivo.<sup>48</sup>

Por assim ser, é possível concluir que o princípio da reserva legal apresenta maiores complexidades no direito internacional do que na esfera nacional. Assim, não pode o que foi definido em Roma ser restringido a uma mera violação, que significaria desconhecer as especificidades do direito penal internacional. Por isso, não parece ter havido qualquer violação constitucional que levasse à inadequação entre Estatuto de Roma e lei brasileira.<sup>49</sup>

## **5. A implementação do Estatuto de Roma no ordenamento jurídico brasileiro**

---

<sup>46</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi I.; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano.; PITOMBO, Cleunice Valentim Bastos. Dificuldades Jurídicas e Políticas para a Ratificação ou Implementação do Estatuto de Roma. Relatório elaborado pelo IBCCRIM, 2005. (não publicado)

<sup>47</sup> BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to International Criminal Law*. Nova Iorque: Transnational Publishers, 2003, p. 221.

<sup>48</sup> MOURA, et. al., *op. cit.*

<sup>49</sup> JAPIASSÚ, *op. cit.*, p. 159.



A criação do Tribunal Penal Internacional não busca retirar dos Estados Partes o dever originário de persecução dos crimes sob jurisdição da Corte, o que se pode afirmar por seu caráter complementar. Objetiva-se exatamente o oposto, ou seja, que os Estados venham a exercer de forma satisfatória a persecução penal dos crimes internacionais, conforme dispõe o preâmbulo do Estatuto de Roma. Ademais, o Tribunal Penal Internacional é desprovido de um sistema integrado para persecução, processo e execução de suas sentenças, o que o faz necessitar da cooperação dos Estados Partes. Desta forma, com vistas a tornar viável a persecução nacional primária dos crimes internacionais e a cooperação dos Estados Partes com o Tribunal Penal Internacional é necessário que aqueles disponham de mecanismos legais adequados para tanto. É neste contexto que se inserem as legislações de implementação.

O Estatuto de Roma não impõe de forma expressa que os Estados Partes devam promover alterações em suas legislações internas para então adaptar-se a jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Como exceção a esta não imposição é possível citar a previsão do Artigo 70 (4) (a), que determina que os Estados Partes tornarão suas normas penais de direito interno, relativas aos crimes contra a administração da justiça extensivas aos delitos contra o Tribunal Penal Internacional.<sup>50</sup>

Entretanto, afirma-se que, implicitamente, o Estatuto de Roma contém disposições que impulsionam os Estados Partes a rever e, caso necessário, adequar suas legislações ao TPI. Primeiramente, ao prever o princípio da complementaridade, o referido Estatuto estabelece que a jurisdição do TPI terá lugar somente quando faltar, aos Estados, capacidade ou vontade de perseguir e punir penalmente os criminosos. Esta ausência de capacidade pode ser traduzida em ausência de normatividade adequada para a punição dos crimes internacionais. Desta forma, o Estado Parte que não criminaliza tais condutas internamente, esta *obrigado de fato* a adaptar sua legislação nacional ao Estatuto de Roma.<sup>51</sup>

Em segundo lugar, consta do Estatuto previsão de que os Estados Partes possuem a obrigação de cooperar integralmente com o Tribunal Penal Internacional visando o exercício regular da investigação e do processo (Artigos 86 e seguintes). Sendo assim, os Estados devem inserir em suas legislações internas a regulamentação

---

<sup>50</sup> AMBOS, Kai. Implementação do Estatuto de Roma na Legislação Nacional. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel. (Coord.) *Persecução penal internacional na América Latina e Espanha* / tradução e organização – IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, 2003, p. 27

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 27-28.

dos procedimentos de cooperação penal presentes no Estatuto de Roma, devendo encontrar-se legalmente preparados para cooperar.<sup>52</sup>

A implementação do Estatuto de Roma nos ordenamentos jurídicos internos pode se dar de forma limitada, contemplando-se apenas as normas que tratam da administração da justiça do TPI e do regime processual de cooperação com a Corte, ou de forma completa, internalizando-se o Estatuto de Roma em sua totalidade. Quanto ao meio de proceder esta implementação, aponta-se a existência de dois modelos: o modelo de referência, que permite a aplicação direta das normas penais internacionais ou exige apenas a referência ao instrumento legal internacional; e o modelo de codificação, que pode se dar mediante modificação do Código Penal ou por Lei Especial.<sup>53</sup>

A escolha entre as supracitadas opções será realizada por cada Estado Parte de acordo com suas próprias exigências constitucionais. No Brasil, país ligado ao sistema da *civil law*,

em matéria de norma de tratados internacionais, apesar de a promulgação por decretos presidenciais ser suficiente, por si só, para torná-los normas de direito interno, no caso de crimes não se admite a aplicação direta de seus enunciados, em face do princípio constitucional da legalidade estrita [...]. Assim, os crimes precisam ser tipificados, com todas as suas circunstâncias, por lei interna, promulgada de acordo com o processo legislativo próprio.<sup>54</sup>

Desta forma, encontra-se em processo de elaboração um Anteprojeto de Lei para implementação do Estatuto de Roma no ordenamento jurídico brasileiro, a cargo de um Grupo de Trabalho instalado pelo Ministério da Justiça, o qual traz a tipificação dos delitos e a cominação de suas respectivas penas, a adaptação das normas processuais e a regulação das formas de cooperação com o Tribunal Penal Internacional.<sup>55</sup>

---

<sup>52</sup> JAPIASSÚ, *op. cit.*, p. 210.

<sup>53</sup> AMBOS, Kai. Implementação do Estatuto de Roma na Legislação Nacional. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel. (Coord.). *Persecução penal internacional na América Latina e Espanha* / tradução e organização – IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, 2003, p. 28; 33-34.

<sup>54</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi I, et. al.. Relatório elaborado pelo IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel. (Coord.) *Persecução penal internacional na América Latina e Espanha* / tradução e organização – IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, 2003, p.36-37.

<sup>55</sup> MOURA, et. al., *op. cit.*.

Note-se que, a Emenda Constitucional nº 45, de 31 de dezembro de 2004, acrescentou, dentre inúmeras outras disposições, o parágrafo 4º, ao Artigo 5º, da Constituição Federal, o qual estabelece que “o Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.” Tal disposição, por um lado dispensável, uma vez que a própria adesão acarreta a referida submissão, é importante pois corresponde a um *endosso explícito* ao Estatuto de Roma, o que de fato facilitará a implementação do mesmo.<sup>56</sup>

Dentre as finalidades do Anteprojeto de Lei de Implementação do Estatuto de Roma encontra-se a criação dos tipos penais presentes no referido instrumento legal. No direito pátrio, a repressão de crimes internacionais encontra-se limitada quase que exclusivamente aos crimes de genocídio e de tortura, expressamente previstos na Lei nº 2889/56 e nos Artigos 208, 401 e 402 do Código Penal Militar, bem como, na Lei nº 9455/97, respectivamente.<sup>57</sup> Ressalte-se que, conquanto os crimes do TPI assemelhem-se a essas figuras criminais já contempladas pela legislação penal brasileira, destas “se diferenciam na medida em que pressupõem condições e contexto especiais para sua caracterização.”<sup>58</sup>

Cabe destacar que o Brasil ratificou as Convenções de Genebra de 1949, as quais prevêm a ilicitude dos crimes de guerra, bem como, manifestou adesão a outros tratados de Direito Humanitário.<sup>59</sup> Contudo, conforme exposto anteriormente, tendo em vista o princípio da legalidade, não é possível a punição de condutas criminosas previstas somente em tratados internacionais. Os tipos penais devem ser previstos em lei interna e o “direito penal internacional só pode ser diretamente aplicado para a integração das normas penais de direito interno.”<sup>60</sup> Sendo assim, a eventual promulgação de Lei de Implementação do Estatuto de Roma, servirá não só à internalização de suas normas, bem como, permitirá que o Brasil atenda aos demais compromissos internacionais já assumidos.

Alguns aspectos do Anteprojeto de Lei de Implementação merecem atenção. Primeiramente, ao prever os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, estabelece-se a cláusula da jurisdição universal mitigada, onde basta que o

---

<sup>56</sup> *Loc. cit.*

<sup>57</sup> BADARÓ, *op. cit.*, p. 36.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 76.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 36

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 56.

agente encontre-se em território brasileiro para ser julgado por tais condutas. Quanto ao crime de genocídio, a previsão do Anteprojeto unifica seu tratamento, eliminando as distinções entre as legislações penal comum e militar, suprimindo, inclusive, a pena de morte para o crime de genocídio praticado por militar em tempo de guerra. No que concerne aos crimes de guerra, importante inovação a ser introduzida pela Lei em projeto é a definição do que se pode entender por conflito armado internacional e não-internacional. Já nos crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional observa-se uma inversão do princípio da complementaridade, uma vez que compete primariamente ao TPI julgar tais crimes.<sup>61</sup>

Afora os procedimentos específicos relativos à cooperação judiciária entre o Brasil e o Tribunal Penal Internacional, o procedimento adotado pelo Anteprojeto para os crimes por ele criados é o comum ordinário. Há, porém, duas especificidades: estabelece-se o prazo máximo de dois anos para a conclusão da instrução quando o acusado estiver preso cautelarmente e não limita-se o número de testemunhas a serem arroladas pelas partes, ficando tal questão a critério do próprio Juízo.<sup>62</sup>

Relativamente à prescrição, o Anteprojeto de Lei de Implementação do Estatuto de Roma estabelece que os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e os crimes de guerra são imprescritíveis. Esta previsão encontra-se de acordo com o disposto no Artigo 29 do Estatuto de Roma. No ordenamento jurídico brasileiro, seguindo a tendência do direito moderno, a prescritibilidade das infrações penais é a regra. No entanto, tal regra não é absoluta, visto que há disposição constitucional proclamando a imprescritibilidade dos crimes de prática de racismo e de ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (Artigo 5º, XLII e XLIV, da Constituição Federal).

Tendo em vista que a Constituição Federal estabeleceu apenas essas exceções à regra da prescritibilidade dos delitos, alega-se que seria inconstitucional a previsão de outra figuras imprescritíveis pelo o Anteprojeto em questão. Tal entendimento baseia-se na regra hermenêutica *inclusio unis alterius est exclusio*, onde se entende que a menção do legislador a apenas duas hipóteses exclui as demais. Por outro lado, sustenta-se que no direito brasileiro não há uma regra geral e absoluta de prescritibilidade dos delitos,

---

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 76/7

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 74 e 77.

bem como, a alegada técnica de interpretação não merece, tanto do ponto de vista lógico quanto do ponto de vista jurídico, uma acolhida integral e incondicional.<sup>63</sup>

Por fim, determina o Anteprojeto que a competência para julgar os referidos delitos será do juiz singular, no âmbito da Justiça Federal Comum, e dos Conselhos de Justiça, na Justiça Militar da União, quando se tratar de crime de guerra praticado por militar. Não há previsão de julgamento pelo Tribunal do Júri, uma vez que o bem jurídico primariamente tutelado nesses casos é a coletividade humana e não a vida humana individualmente considerada. A previsão constitucional do Artigo 109, VI, introduzida pela Emenda Constitucional nº 45, fornece embasamento para a supracitada previsão ao determinar que o julgamento das causas que envolvem direitos humanos compete à Justiça Federal.

Vê-se, portanto, que há um longo caminho a se percorrer rumo a implementação do Estatuto de Roma, onde uma série de questionamentos a respeito de possíveis incompatibilidades ainda devem ser esclarecidas, de forma que não restem quaisquer dúvidas acerca da legitimidade da Corte Penal Internacional permanente. Afirma-se que tal implementação permitirá o exercício da jurisdição primária pelo Brasil em relação aos crimes sob a competência do TPI, adequará os instrumentos legais internos para fins de cooperação com o Tribunal, atenderá aos compromissos assumidos pelo Brasil no plano do direito internacional humanitário, bem como, atenderá ao princípio constitucional da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais. Destarte, demonstrada está a sua importância.

## **5.1 Questões remanescentes à luz do princípio da complementaridade**

### **4.1.2 Exceção ao princípio da coisa julgada**

A questão a ser aqui tratada não configura um óbice à implementação do Estatuto de Roma. Consiste, de fato, em uma eventual dificuldade que poderá vir a surgir no exercício da jurisdição da Corte Penal, em função da atuação do princípio da complementaridade. Como já anteriormente explicitado, o princípio da

---

<sup>63</sup> MOURA, et. al., *op. cit.*.

complementaridade indica que o Tribunal Penal Internacional somente irá agir no caso de inércia dos Tribunais Nacionais. Esse princípio figura como corolário de outro princípio observado pelo Estatuto de Roma: o *ne bis in idem*, disposto no Artigo 20.

Referido artigo garante que ninguém será julgado pelo TPI por condutas criminosas pelas quais já tenha respondido frente ao Tribunal. O julgamento realizado pelo TPI também impede um novo julgamento a ser realizado por um Tribunal Nacional, em razão do mesmo fato criminoso, assim como, os julgamentos nacionais impedem um novo julgamento pelo TPI. Contudo, quanto a esta última hipótese, o Estatuto estabelece uma exceção. O Tribunal Penal Internacional poderá julgar pessoa que já tenha sido julgada por outro Tribunal caso o primeiro processo tenha objetivado subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes de competência do TPI ou caso o processo não tenha sido conduzido de forma independente e imparcial.

Note-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, a garantia do *ne bis in idem* está relacionada à coisa julgada, a qual vem a ser assegurada pelo Artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, que determina: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.” No que concerne à persecução penal, a regra do *ne bis in idem* encontra-se excepcionada nos casos onde há aplicação da regra da extraterritorialidade incondicionada, posta pelo Artigo 7º, parágrafo 1º, do Código Penal, podendo o agente ser punido, pela lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no exterior. O Código Penal Militar também estabelece exceção ao referido princípio em seu Artigo 7º, o fazendo de forma mais abrangente. Em ambos os casos, a pena cumprida no estrangeiro será descontada da pena imposta no Brasil.<sup>64</sup>

Em suma, a regra geral, presente tanto no nível constitucional, quanto na legislação ordinária brasileira, é de que a garantia da coisa julgada deve ser assegurada na persecução penal.<sup>65</sup> Destarte, indaga-se sobre a incompatibilidade da norma do Artigo 20 do Estatuto de Roma com o ordenamento jurídico interno, em especial, com a Constituição Federal.

A solução para esta questão encontra-se na análise do processo e da sentença penal proferida pelo Tribunal Nacional. Caso o processo tenha sido instaurado visando garantir a impunidade do agente ou cominar-lhe pena menos gravosa do que a realmente devida, o que se tem é um simulacro de processo, incapaz de gerar uma sentença válida,

---

<sup>64</sup> BADARÓ, *op. cit.*, p. 69.

<sup>65</sup> MOURA, et. al., *op. cit.*.

em razão da inobservância dos princípios do juiz natural (entendido como juiz imparcial) e do devido processo legal. Portanto, a sentença proferida, visto que se trata do resultado de simulação com fraude à lei, não deve gozar da mesma proteção conferida as sentenças regulares, não lhe sendo atribuída a qualidade de coisa julgada.<sup>66</sup> Dessa forma, “o claro propósito de subtrair o acusado do julgamento justo, limitando-se a realizar simulacro de processo, permite que se considere como juridicamente inexistente a coisa julgada formada anteriormente”<sup>67</sup> e, sendo assim, “este vício insanável torna inoperante o seu efeito de imutabilidade do comando legal e permite o processo internacional.”<sup>68</sup>

### 5.1.3 O não reconhecimento da concessão de anistia

Outra questão que se afigura frente a atuação do caráter complementar do Tribunal Penal Internacional refere-se à concessão de anistia. No ordenamento jurídico brasileiro, a anistia consiste em uma causa de extinção da punibilidade, conforme disposição do Artigo 107, II, do Código Penal. À União, por motivos de política criminal, compete a concessão de anistia (Artigo 21, XVII, da Constituição Federal), que é tradicionalmente destinada aos crimes políticos. Opera efeitos *ex tunc*, isto é, retroativos, apagando o crime e extinguindo os efeitos penais da sentença. Nota-se, portanto, que a concessão de anistia trata-se de uma decisão própria do Estado, baseada em seu poder discricionário, tendo em vista as circunstâncias que envolvem o crime.

Ocorre que, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional não reconhece os processos de anistia mesmo que sejam estes instrumentos para permitir acordos nacionais, em casos de grande conflagração interna. A manutenção da jurisdição do Tribunal nesses casos, intervindo na persecução penal apesar de haver um consenso nacional em contrário, pode vir a suscitar uma série de questionamentos acerca da compatibilidade do Estatuto de Roma com o ordenamento jurídico brasileiro.<sup>69</sup>

---

<sup>66</sup> *Ibid.*

<sup>67</sup> *Ibid.*

<sup>68</sup> RAMOS, André de Carvalho. O Estatuto do Tribunal Penal e a Constituição Brasileira. In: CHOURK, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: RT, 2000, p. 276.

<sup>69</sup> JAPIASSÚ, *op. cit.*, p. 172.

Em defesa da possível compatibilidade, destaque-se que há crimes para os quais a Constituição Federal veda a concessão de anistia. De acordo como o Artigo 5º, XLIII, da Carta Constitucional são insuscetíveis de anistia ou graça “a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos.” Observa-se, deste modo, que o legislador interno estabeleceu como regra geral a possibilidade de concessão de anistia, excetuando deste rol os crimes que entendeu apresentarem grande ameaça à ordem nacional.

Considere-se que o Anteprojeto de Lei de Implementação do Estatuto de Roma busca trazer para o ordenamento nacional as figuras penais que se encontram sob a competência do Tribunal Penal Internacional. Ao tipificar tais crimes internamente, o Artigo 3º, do Anteprojeto estabelece que os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra são insuscetíveis de anistia, graça ou indulto.<sup>70</sup> Sendo assim, vindo a concretizar-se a vedação de concessão de anistia a tais crimes, não haverá que se falar em não reconhecimento do processo de anistia pelo Tribunal Penal Internacional, uma vez que tal processo inexistirá, pois estará o Estado brasileiro impedido de realizá-lo em relação aos referidos crimes.

Dessa forma, a solução posta para a presente questão vem a corroborar o entendimento de que a implementação do Estatuto de Roma no ordenamento jurídico brasileiro é de suma importância, pois além de cumprir antigos compromissos internacionais de o Estado brasileiro punir as mais graves ofensas à pessoa humana, possibilitará a adequação do ordenamento interno às normas do Estatuto de Roma.

## **6. Conclusão**

De uma maneira geral, pode-se dizer que a incorporação do Estatuto de Roma ao direito brasileiro representa uma modificação de perspectiva em relação ao direito penal internacional. Até aqui, a visão dos juristas brasileiros tem sido baseada a partir de uma noção de soberania e, sobretudo, analisando-se os documentos internacionais, desde as normas e conceitos constantes no ordenamento interno.

---

<sup>70</sup> BADARÓ, *op. cit.*, p. 69.



Esta concepção parece fadada a ser modificada, pois a constante relação que dispositivos típicos do direito internacional, bem como outros decorrentes do consenso entre os Estados nacionais são cada vez mais freqüentes, seja na esfera regional, no âmbito do Mercosul, como no que se refere a iniciativas da Organização dos Estados Americanos (OEA) e da Organização das Nações Unidas (ONU), além de documentos bilaterais, dos quais o Brasil possa ser parte.

Cada vez mais, tem-se pretendido lidar com as questões relativas à criminalidade sob um ponto de vista internacionalizado, ainda mais quando se faz referência às mais graves violações dos direitos humanos previstas no Estatuto de Roma.

Por essas razões, o confronto entre um direito penal concebido sob o modelo romano-germânico e um direito penal internacional fortemente influenciado pelo sistema da *common law* precisa ser feito, buscando a sua adequação e permitindo a sua aplicabilidade, como aqui se pretendeu fazer.