

I • Introdução

O Estatuto de Roma foi assinado pelo Brasil em 7 de fevereiro de 2000 e ratificado em 20 de junho de 2002.¹ Antes mesmo da ratificação, o Ministério da Justiça nomeou um Grupo de Trabalho:² destinado a elaborar Anteprojeto de Lei para implementação do Estatuto, com proposta de tipificação dos delitos, de adaptação das normas processuais e de regulação das formas de cooperação com o Tribunal Penal Internacional.

Ao final dos trabalhos, o Anteprojeto foi encaminhado para a Sub-Chefia de Assuntos Jurídicos da Presidência da República que, em 24 de maio de 2004, após estudos, sugeriu mudanças no texto.³ Por essa razão, a Secretaria Especial de Direitos Humanos nomeou novo Grupo de Trabalho para adequar o Anteprojeto de Lei às observações feitas pela Casa Civil, antes de encaminhá-lo ao Congresso Nacional.⁴ Os trabalhos ainda não foram concluídos.

¹ O Estatuto foi aprovado pelo Congresso Nacional em 6 de junho de 2002, por meio do Decreto Legislativo nº 112, e foi promulgado em 25 de setembro de 2002, pelo Decreto nº 4.388.

² O Grupo de Trabalho que elaborou o Anteprojeto de Lei 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 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 Steiner. V, a propósito, Portaria nº 1036 do Ministério da Justiça.

³ V. Nota SAJ nº 613/04 - DCF.

⁴ V. Portaria nº 58, de 10 de maio de 2004. O novo Grupo de Trabalho é composto pelos seguintes membros: Adriana Lorandi (Coordenadora), Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros, Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos, Carlos Frederico de Oliveira Pereira, Carolina Yumi de Souza, Denise Figueiral, Eugênio José Guilherme de Aragão, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, Raquel Elias Ferreira Dodge e Tarciso Dal Maso Jardim.

Cabe esclarecer que o Brasil não firmou o acordo bilateral com os Estados Unidos, tendo subscrito, em 17 de maio de 2004, o acordo sobre privilégios e imunidades do Tribunal Penal Internacional, o qual ainda não foi ratificado.

II ● Obstáculos para a ratificação ou implementação

II.1. Considerações gerais

No Brasil, alguns aspectos têm sido apontados como obstáculos à implementação do Estatuto de Roma. Os argumentos, em geral, têm sido refutados, uma vez que não configuram obstáculos intransponíveis, como adiante se demonstrará. Em linhas gerais, relacionam-se com os seguintes pontos: (1) o princípio da legalidade; (2) a prisão perpétua; (3) as imunidades; (4) a entrega de nacionais; (5) a imprescritibilidade dos crimes punidos pelo Tribunal Penal Internacional. E da eventual aplicação do princípio da complementariedade, podem surgir, no futuro, duas dificuldades em relação ao nosso direito interno: (a) as exceções ao princípio do respeito à coisa julgada, previstas no artigo 20 do Estatuto, e (b) a impossibilidade de concessão de anistia (em decorrência do disposto no artigo 17 do Estatuto).

II.2. As soluções no plano constitucional

Embora tenham sido ventilados alguns possíveis óbices constitucionais para a ratificação do Estatuto de Roma, não foi necessária nenhuma reforma constitucional, nem para possibilitar a sua ratificação, nem posteriormente, antes da sua entrada em vigor. Aliás, naquela ocasião, tanto o Ministério da Justiça, como o Ministério das Relações Exteriores, embora houvessem apontado alguns pontos suscetíveis de eventuais discussões, consideraram o Estatuto plenamente compatível com a ordem constitucional brasileira.

No dia 31 de dezembro de 2004, entretanto, foi publicada a Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, que, entre inúmeras outras disposições,

acrescentou dois parágrafos ao artigo 5º da Constituição da República, que trata dos direitos e garantias fundamentais: o parágrafo 3º equipara os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, com determinado quorum, em cada Casa do Congresso Nacional, à emenda constitucional, enquanto que o parágrafo 4º estabelece que o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.⁵

Os efeitos jurídicos dessas disposições constitucionais ainda estão sendo objeto de discussão doutrinária, havendo quem apregoe, inclusive, a inconstitucionalidade do parágrafo terceiro,⁶ justamente por limitar o regime até então vigente de inserção automática do conteúdo dos tratados internacionais de direitos humanos ao rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição da República.⁷ De qualquer modo, reputamos que a questão não afeta a implementação do Estatuto no ordenamento interno.

Com efeito, não há como se reconhecer no Estatuto de Roma a proclamação de direitos inalienáveis ao homem e indispensáveis para o resguardo de sua dignidade, o que é ínsito à natureza de todo tratado de direitos humanos. O que ocorre é que, por intermédio da via punitiva, o Estatuto de Roma procura assegurar um estado de segurança e de paz internacionais. Não afirma, portanto, direitos, estabelecendo, isto sim, um sistema punitivo para a proteção de direitos já reconhecidos por outros tratados e pelos usos e costumes internacionais.

Verifica-se que o § 4º ao artigo 5º, introduzido pela Emenda Constitucional 45/2004, expressa, no plano do direito positivo, a tendência doutrinária, já delineada, de submissão do Estado brasileiro —e, portanto de seu ordenamento jurídico— ao regime jurídico do Tribunal Penal Internacional. Quanto aos processos de adesão e ratificação, por certo a reforma era dispensável, na medida em que configuram etapas já consolidadas. Já no que se refere à implementação, o dispositivo acena para uma

⁵ Esta é a redação dos parágrafos acrescidos ao artigo 5º: “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”; “§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

⁶ É o que expôs Tarciso Dal Maso Jardim, no Seminário “Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Brasil”, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ) e pelo Conselho da Justiça Federal (CJF), em Brasília, no dia 17 de maio de 2005.

⁷ Conforme previsto pelo parágrafo 2º do artigo 5º: “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”.

maior segurança jurídica, sobretudo por representar uma espécie de endosso explícito do Estado Brasileiro, em nível constitucional e no plano dos direitos e garantias fundamentais, ao Estatuto de Roma.

Quanto à jurisprudência, não existem decisões, prévias ou sucessivas à assinatura e ratificação do Estatuto de Roma, que tenham analisado a sua compatibilidade com a ordem constitucional.

II.3. As soluções no plano legal: a implementação

Como já salientado, o Brasil ainda não implementou o Estatuto de Roma no direito interno, estando em elaboração um Anteprojeto de lei que tem por objetivo a sua implementação global e que não tomou como base específica as experiências de outros países. Ao invés de promover alterações no corpo do Código Penal, optou-se pela promulgação de lei especial, com disposições de cunho penal material e processual. Porém, para além da implementação do Estatuto de Roma, o Anteprojeto almeja o cumprimento, pelo Brasil, de antigos compromissos internacionais, no sentido de punir as mais graves ofensas à pessoa humana, tais como as previstas nas quatro Convenções de Genebra de 1949. A principal finalidade do Anteprojeto é, pois, tornar possível o exercício primário da jurisdição pelo Estado Brasileiro, principalmente, através da criação de tipos penais e da cominação de penas para crimes que, embora contemplados no Estatuto de Roma, não são previstos no direito interno. O Anteprojeto também procura tornar viável o exercício da atividade cooperatória com o Tribunal Penal Internacional, mediante o estabelecimento dos necessários procedimentos e expedientes.

O Anteprojeto está dividido em sete títulos. O Título I trata dos princípios gerais aplicáveis aos crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra. Cada uma destas categorias é definida, respectivamente, nos Títulos II, III e IV. O Título V dispõe sobre os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional. A cooperação está prevista no Título VI, enquanto que as normas processuais estão contempladas no Título VII.

No que se refere às condutas penais, conquanto muitos dos novos tipos previstos no Anteprojeto se assemelhem a dispositivos já existentes na legislação penal comum e militar, destes se diferenciam na medida em que pressupõem condições e contexto especiais para sua caracterização. O crime contra a humani-

dade de tortura (artículo 29),⁸ por exemplo, não se confunde com a figura prevista na Lei nº 9.455/97,⁹ pois um de seus elementos é o de que a conduta seja praticada “no contexto de ações generalizadas ou sistemáticas dirigidas contra população civil, em conformidade com a política de um Estado ou de uma organização, oficial ou não, de praticar ou promover essas ações” (artículo 22).¹⁰ De maneira semelhante, os crimes de guerra exigem o contexto de um conflito armado internacional (artículo 43)¹¹ ou não-internacional (artículo 44).¹²

Em geral, os princípios e regras da legislação penal e processual penal, comum e militar, são preservados, havendo disciplina específica, tanto para os casos em que o Estatuto de Roma dispõe de maneira diversa, como para manter coerência com o ordenamento jurídico nacional. Além disso, supera os possíveis obstáculos jurídicos, ao afirmar a primazia da jurisdição interna.

Como relação às sanções, o Anteprojeto não prevê a pena de prisão perpétua, nem a de morte. Nesse sentido, harmoniza-se com as disposições existentes na Constituição da República, que prevê a pena de morte somente em caso de guerra declarada.¹³ Além disso, e em atenção ao princípio da proporcionalidade, todos os tipos penais cominam expressamente as penas mínimas e máximas, segundo a gravidade da conduta.

II.3.1. Princípio da legalidade

O Estatuto de Roma tratou da reserva legal, especificamente, nos seguintes dispositivos: artículo 22 (*nullum crimen sine lege*), artículo 23 (*nulla poena sine lege*) e artículo 24 (irretroatividade *ratione personae*), buscando, assim, abordar todas as suas quatro funções. Para muitos, no entanto, não o fez de maneira satisfatória, e isso por

⁸ Artículo 29 “Submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental”.

⁹ Lei que define, no direito interno, os crimes de tortura e dá outras providências.

¹⁰ Artículo 22 “Consideram-se crimes contra a humanidade as condutas praticadas no contexto de ações generalizadas ou sistemáticas dirigidas contra população civil, em conformidade com a política de um Estado ou de uma organização, oficial ou não, de praticar ou promover essas ações”.

¹¹ O artículo 43 estabelece os casos em que se considera conflito armado internacional.

¹² O artículo 44 e seus parágrafos tratam do conflito armado não-internacional.

¹³ Artículo 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes” (...) inciso XLVII. “Não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artículo 84, XIX”.

duas razões: i) por não limitar a tipificação das condutas penais às regras estabelecidas no Estatuto, e ii) por não prever a cominação de penas específicas para cada crime.

Com efeito, na esteira deste posicionamento, ao estabelecer, no artículo 22, que “Nada do disposto no presente artigo afetará a tipificação de uma conduta como crime sob o direito internacional, independentemente deste Estatuto”; e ao deixar de conferir, no artículo 77, o padrão de certeza e de restrição de pena, o Estatuto de Roma teria criado, para o nosso direito interno, um modelo inconveniente, sobretudo por não complementar, satisfatoriamente, o requisito da cominação de pena, previsto no princípio da reserva legal. Isto acabou gerando a discussão acerca da sua constitucionalidade, já que o texto da Constituição da República define e contempla os princípios da legalidade¹⁴ e da individualização da pena,¹⁵ que teriam, assim, sido violados pelo Estatuto de Roma.¹⁶

Certo é, contudo, que o princípio da reserva legal no direito internacional apresenta peculiaridades, quando comparado com as esferas nacionais. Natural é, portanto, que a existência de um poder central dotado de mecanismos de coerção e de perseguição se faça acompanhar de maiores garantias. É nesse nível que se coloca, aos Estados nacionais, a exigência de uma maior determinação dos tipos penais. Todavia, na arena internacional, a pulverização de forças torna frágil a implementação de um sistema punitivo. A exigência do mesmo grau de taxatividade, portanto, não levaria em consideração as especificidades e complexidades do direito penal internacional. Nesse particular, não há, pois, como se reconhecer inadequação entre o Estatuto de Roma e o regime de legalidade penal inserto na Constituição da República.

II.3.2. Prisão perpétua

De maneira geral, os dispositivos concernentes à disciplina das penas, no Estatuto de Roma, não geram maiores problemas quanto à sua compatibilização com o ordenamento jurídico brasileiro, mormente com o disposto na vigente Constituição

¹⁴ Artículo 5º, inciso XXXIX: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

¹⁵ Artículo 5º, inciso XLVI: “A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; c) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos”.

¹⁶ LUISI, Luiz. Notas sobre o Estatuto do Tribunal Penal Internacional. In: *Estudos jurídicos em homenagem ao prof. João Marcello de Araujo Junior*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 369.

da República. Porém, a previsão de prisão perpétua tem gerado debates acalorados entre os autores nacionais.

A norma contida no artigo 77 (1) (a), que determina a possibilidade de encarceramento perpétuo, desde que justificado pela extrema gravidade do delito praticado e por circunstâncias individuais do condenado, que indiquem ser a medida a mais adequada, contrasta com o disposto no artigo 5º, inciso XLVII, *b*, da Constituição da República,¹⁷ que expressamente proíbe penas de caráter perpétuo.

Especificamente com relação à previsão da pena de prisão perpétua, entendemos que não se deve adotar o princípio da prevalência dos tratados internacionais dos direitos humanos sobre as normas internas, sejam elas constitucionais ou infraconstitucionais.

A propósito da natureza jurídica desses Tratados, Flávia Piovesan¹⁸ afirma que têm eles *status* de norma constitucional, pois, por força do artigo 5º, § 1º, ficou estabelecida a sua incorporação automática ao ordenamento jurídico pátrio. Cançado Trindade¹⁹ pensa da mesma maneira, ao escrever: “O disposto no artigo 5º (2) da Constituição Brasileira de 1988 se insere na nova tendência de Constituições latino-americanas recentes de conceder um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados”. Esse, porém, não é o ponto de vista dominante na jurisprudência brasileira. Celso de Albuquerque Mello,²⁰ a propósito, sustenta: “Na América Latina, continente explorado e, em conseqüência, atrasado, não existe nenhuma Constituição que realmente dê uma proteção ao ser humano utilizando os tratados internacionais. Há constituições melhores que a nossa, mas nenhuma é realmente boa neste tema. Os nossos tribunais ainda não descobriram o real valor da jurisprudência nos direitos humanos. [...] Enfim, é tudo ao contrário do que ocorre no Brasil. Somos um país cristalizado na nossa miséria econômica, social e jurídica”.

Se fosse adotado o entendimento pela prevalência dos tratados de direitos humanos, poder-se-ia sugerir que o Tratado de Roma, por se encaixar, tangencialmente,

¹⁷ Artigo 5º, inciso XLVII “Não haverá penas: ...b) de caráter perpétuo...”.

¹⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 3. ed., São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 111.

¹⁹ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p. 407.

²⁰ MELLO, Celso D. de Albuquerque. O §2º do artigo 5º da Constituição Federal. In: *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 25.

nessa categoria, estaria incorporado, automaticamente à ordem jurídica interna. Tal posição, no entanto, não encontra sustentação no que tange à prisão perpétua, por ser a norma internacional evidentemente menos benéfica que a norma nacional. Não pode ter validade, portanto, a norma que menos protege os direitos humanos, superando a mais protetora. Com base nesse argumento, não há como adequar a Constituição da República às regras do Tribunal Penal Internacional.

O passo seguinte, então, é a análise da possibilidade de modificação da Constituição República, para compatibilizá-la com as normas do Estatuto.

No Brasil, o poder de reforma constitucional enfrenta limitações. O artigo 60, § 4º, da Constituição da República²¹ define que não será objeto de deliberação: i) a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado; ii) o voto direto, secreto, universal e periódico; iii) a separação dos Poderes; e iv) os direitos e garantias fundamentais.

Em geral, verifica-se a necessidade de alteração das normas sempre que elas não mais se justifiquem política, social ou juridicamente. O ordenamento jurídico, desta forma, pode ser revitalizado com a modificação ou eliminação das normas. Apesar disto, o constituinte originário reservou para si um núcleo imodificável. A proibição não se relaciona somente com emendas que expressamente declarem a supressão de normas relacionadas com o citado artículo 60, § 4º. Mais que isso, “a vedação atinge a pretensão de modificar qualquer elemento conceitual da Federação, ou do voto direto, ou indiretamente restringir a liberdade religiosa, ou de comunicação ou outro direito e garantia individual; basta que a proposta de emenda se encaminhe ainda que remotamente para a sua abolição”.²² Nesse sentido, a doutrina nacional tem se encaminhado.²³

Por considerar que não pode haver emenda constitucional para alterar o dispositivo que veda a admissão de penas de caráter perpétuo, há autores que sustentaram a impossibilidade de ratificação do Estatuto de Roma, pois faria ingressar no ordenamento jurídico brasileiro disposição incompatível com os seus fundamentos mais relevantes.

²¹ Artículo 60 “A Constituição poderá ser emendada mediante proposta [...] § 4º Não será objeto de deliberação da proposta de emenda tendente a abolir: [...] inciso IV Os direitos e garantias individuais”.

²² SILVA, José Afonso. *Direito constitucional positivo*. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 69.

²³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 326; SOUZA, Nelson Oscar. *Manual de direito constitucional*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 118; CRETILLA JR., José. *Elementos de direito constitucional*, 2. ed., São Paulo: RT, 1998, p. 178; TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 8. ed., São Paulo: RT, 1991, p. 38.

Durante o Seminário internacional “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira”, promovido, entre setembro e outubro de 1999, pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, os três palestrantes que trataram da questão da prisão perpétua, Luiz Vicente Cernicchiaro,²⁴ Cezar Roberto Bitencourt²⁵ e Luiz Luisi,²⁶ foram unânimes em defender a inadequação entre o Estatuto de Roma e as normas constitucionais vigentes.

Sobre o tema, Cernicchiaro²⁷ sustentou: “Todavia, por norma submissa à Constituição, ao aceitar o Estatuto, o Brasil, sem dúvida, por via oblíqua, estará renunciando à própria soberania. É certo que no momento em que a política entra na sala, o direito sai pela janela. Por razões de política internacional, poderá o Brasil querer subscrever sem reserva esse Estatuto. Estará, a meu aviso, afrontando a nossa Constituição”. Já Bitencourt²⁸ asseverou que tal sanção penal viola o princípio da humanidade e é vedada a sua instituição no Brasil, seja por meio de tratados internacionais ou por emendas constitucionais. Luisi,²⁹ de igual modo, assentou: “São, pois, insuperáveis as dificuldades que a infeliz previsão das penas perpétuas no Estatuto criou para a sua ratificação para muitos países, mormente porque inadmitida a ratificação sem reserva”.

De outro lado, há autores que tentaram e tentam justificar a possibilidade de compatibilização entre o ordenamento constitucional e o internacional no que se refere à pena perpétua. João Marcello de Araujo Junior³⁰ expôs posição defensiva, durante o “Segundo encontro de direito penal e processo penal da Universidade do Grande Rio ‘Professor José de Souza Herdy’”, realizado no teatro do Palácio Quitandinha, em Petrópolis, Estado do Rio de Janeiro, no dia 2 de outubro de 1999. Afirmou que não havia por que se falar em alteração constitucional, pois o artigo 5º, inciso XLVII, da Constituição da República,³¹ em sua alínea *a*, admite a possibilida-

²⁴ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Pena de prisão perpétua. In: *Revista CEJ/ Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos Judiciários*. n. 11, Brasília: CJF, 2000, p. 37/40.

²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Pena de prisão perpétua. In: *Revista CEJ/ Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos Judiciários*. n. 11, Brasília: CJF, 2000, p. 41/47.

²⁶ LUISI, Luiz Benito Viggiano. Pena de prisão perpétua. In: *Revista CEJ/ Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos Judiciários*. n. 11, Brasília: CJF, 2000, p. 48/50.

²⁷ CERNICCHIARO, *op. cit.*, p. 39.

²⁸ BITENCOURT, *op. cit.*, p. 45.

²⁹ LUISI, *op. cit.*, p. 50.

³⁰ Posição também mencionada por FERREIRA, Gustavo Sampaio Telles. *O Direito Internacional Público e o Tribunal Penal Internacional*. Rio de Janeiro: UERJ (dissertação), 1999, p.105.

³¹ Artigo 5º, inciso XLVII “Não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX”. O artigo 84, inciso XIX, tem a seguinte redação: “Compete privativamente ao Presidente da República: XIX. Declarar

de de pena de morte em caso de guerra declarada. E explicitou seu pensamento, asseverando que os crimes de competência do Tribunal —genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e agressão— são característicos dos períodos de guerra ou de conflitos armados. Assim, quem pode o mais, pode o menos. Se a Constituição, em caso de guerra, admite a pena de morte, que é mais grave que a perpétua, esta seria perfeitamente admissível nos casos da prática de crimes característicos dos conflitos armados. Frisou, ainda, que embora a interpretação literal da Constituição da República não concedesse essa exceção à proibição de pena de caráter perpétuo, impor-se-ia a combinação do diploma internacional à ordem jurídica interna, única forma de permitir a efetivação de uma jurisdição penal internacional que protegerá os direitos humanos.

De toda sorte, este não parece ser o entendimento mais adequado. A Constituição da República se refere objetivamente à guerra declarada, não admitindo a interpretação constitucional que equipare situações assemelhadas às de guerra. As quatro Convenções de Genebra sobre Direito Humanitário, por seu turno, estabeleceram, em seus artigos 2º, que somente se pode aludir à guerra se ela for declarada.³² Fora dela, deve haver, quando muito, referência à agressão.

Em que pesem as opiniões divergentes, entendemos que a posição adotada pelo Brasil foi a esposada por Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros.³³ Afirma o autor que o Supremo Tribunal Federal tem, tradicionalmente, deferido pedidos de extradição, ainda que a pena imposta possa ser a perpétua, entendendo que a limitação constitucional somente diz respeito à esfera da lei penal interna, não podendo haver limitação que atinja o direito internacional decorrente de norma nacional. Dessa maneira, o conflito entre Estatuto de Roma e Constituição da República seria apenas “aparente, não só porque aquele visa reforçar o princípio da dignidade da pessoa humana, mas porque a proibição prescrita pela Lei Maior é dirigida ao legislador interno para os crimes reprimidos pela ordem jurídica pátria, e não aos crimes contra o Direito das Gentes, reprimidos por jurisdição internacional”.³⁴ No mesmo sentido,

guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional”.

³² MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direitos Humanos e Conflitos Armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 113.

³³ MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de. O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira. In: *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2000, p. 14/15.

³⁴ MEDEIROS, op. cit., p. 15.

Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Junior,³⁵ além de Sylvia Helena F. Steiner,³⁶ sustentam que o texto da Constituição da República dá a exata dimensão do que o constituinte viu como exata retribuição aos crimes praticados, não se projetando para outros sistemas jurídicos aos quais o Brasil venha a se vincular, por força de documentos internacionais. Ressalta, entretanto, Sylvia Steiner que o Tribunal cuidará de crimes diversos dos previstos nas leis penais ordinárias e de danosidade que ultrapassa o território nacional, razão pela qual a vedação constitucional não poderia se estender aos crimes previstos para serem submetidos à jurisdição penal internacional.³⁷ Conclui, ainda, que não há qualquer incompatibilidade entre a Constituição da República e o Estatuto de Roma, asseverando, ainda, que o princípio constitucional da prevalência dos direitos humanos no plano internacional e a pretensão de criar um Tribunal internacional de direitos humanos, expostos na Constituição da República, demonstram que não havia necessidade se ser feita qualquer alteração no texto constitucional para que o Brasil ratificasse o Estatuto de Roma.

Não se perca de vista, finalmente, o disposto no artigo 80 do Estatuto de Roma, no sentido de que as disposições relativas às penas não prejudicará a aplicação, pelos Estados, das penas previstas nos respectivos direitos internos, ou a aplicação da legislação de Estados que não preveja as penas ali referidas, o que mostra, também, a inexistência de incompatibilidade do Estatuto de Roma com o direito interno.

II. 3.3. Imunidades

Questão interessante surgiu em decorrência do que foi redigido no artigo 25 (3) (e), do Estatuto de Roma, com relação à instigação direta ou pública à prática do crime de genocídio. O artigo 27 afasta qualquer hipótese de imunidade decorrente de lei interna ou internacional,³⁸ não reconhecendo, portanto, a parlamentar e a

³⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência Penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 119.

³⁶ STEINER, Sylvia Helena F. O Tribunal Penal Internacional, a pena de prisão perpétua e a Constituição Brasileira. In: *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2000, p. 38/40.

³⁷ STEINER, Sylvia Helena F. O Tribunal Penal Internacional. In: *Boletim do IBCCrim*. n. 83, São Paulo: IBCCrim, outubro/99, p. 12/13.

³⁸ Artigo 27: “1. O presente Estatuto será aplicável a todos por igual sem distinção alguma fundamentada em função oficial. Em particular, a função oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de um governo ou parlamento, representante eleito ou funcionário de governo, não eximirá o indivíduo da responsabilidade penal, sob este Estatuto, nem deverá, *per se*, constituir motivo para redução da pena. 2. As imunidades ou normas especiais de procedimento vinculadas à função oficial do indivíduo, de acordo com o direito interno ou cm direito internacional, não obstarão o Tribunal de exercer a sua jurisdição sobre a mesma”.

diplomática. Nomeadamente, há dúvida quanto à compatibilidade da primeira, sobretudo porque foi ela expressamente prevista pelo artigo 53 da Constituição da República.³⁹

A hipótese aqui discutida seria a do parlamentar que no uso da palavra em sua respectiva Casa Legislativa; viesse a pregar o genocídio. Conforme disposto na Constituição da República, o direito oferece, quanto aos privilégios funcionais, a imunidade necessária para assegurar a deputados e senadores que desempenhem a suas funções com independência e segurança.

Atualizando o que disse Hungria,⁴⁰ as imunidades parlamentares, segundo a lei brasileira, constituem, em parte, uma causa de exclusão do crime - imunidade absoluta - e, em parte, uma condição de não processabilidade, se houver intervenção da Casa Legislativa a que pertença o acusado - imunidade relativa. No dizer de Doti,⁴¹ ao se referir à imunidade absoluta, trata-se de hipótese de “prerrogativa funcional de exclusão da ilicitude”.

Assim, em tese, o parlamentar que viesse a incitar a prática de genocídio não poderia ser processado penalmente por tribunal brasileiro, visto que não praticaria qualquer crime, o que —argumenta-se— conflitaria com o disposto no Estatuto de Roma, na medida em que este diploma afasta qualquer hipótese de imunidade. É de se reconhecer, porém, que a incitação pública ao genocídio não se coaduna, de maneira alguma, com os fins informadores da imunidade parlamentar e, por essa razão, não poderia ser invocada. Certamente, não se protegerá a democracia ou o Estado democrático de direito permitindo que parlamentar venha a incitar a prática de genocídio.

Dessa maneira, não existe, em realidade, qualquer contradição entre o Estatuto de Roma e a Constituição da República, quanto à questão da imunidade.

II.3.4. Entrega de nacionais

A Parte 9 do Estatuto, dos artigos 86 a 102, contém dispositivos referentes à cooperação internacional com o Tribunal. Ao lado dos mecanismos de admissibilidade, das definições dos tipos penais, dos procedimentos e do papel do Promotor, o

³⁹ Artigo 53: “Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos” (artigo com redação determinada pela Emenda Constitucional nº 35/2001).

⁴⁰ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 180/181.

⁴¹ DOTI, René Ariel. *Curso de direito penal - Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 283.

sistema de cooperação é indispensável para a consecução dos objetivos da jurisdição penal internacional.

O artigo 89 (1) prevê uma das obrigações fundamentais, qual seja: a captura e entrega de indivíduos. Com relação a esta última, não existe, ao longo do Estatuto, qualquer ressalva quanto à entrega de nacionais. Assim, um Estado Parte poderia ser obrigado a entregar indivíduo que tenha sua nacionalidade para que venha a ser julgado perante o Tribunal Penal Internacional. Como consequência desta norma, surgiu a dúvida de se estaria havendo violação do disposto no artigo 5º, inciso LI, da Constituição da República,⁴² que impede a extradição de brasileiros. Se verdadeira a assertiva, esta poderia, por si só, implicar em vício insuperável que impedisse a ratificação, pelo Brasil, do Estatuto de Roma.

Os institutos da extradição e da entrega devem ser estudados para que essa dúvida possa ser dissipada.

Extradição, do latim *tradere*, é conceituado no artigo 102 (b) do Estatuto como “a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno”

A Constituição da República, como regra, não admite a extradição de brasileiros, sendo essa uma limitação *ratione personae*. Mas traz duas hipóteses de extradição de nacionais: i) de brasileiro naturalizado que pratique crime comum antes da naturalização; e ii) de brasileiro envolvido em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, deixando a lei transparecer, neste caso, a possibilidade de extradição de brasileiro nato. O Supremo Tribunal Federal ainda não solucionou tal questão. E, muito embora vários autores brasileiros sejam favoráveis à extradição de nacionais,⁴³ de maneira geral há uma preocupação quanto à confiabilidade dos Estados estrangeiros aos quais seriam entregues os brasileiros para julgamento ou cumprimento de pena.

Já, no que diz respeito à “entrega”, o Estatuto de Roma a conceitua, em seu artigo 102 (a), como sendo “a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal nos termos do presente Estatuto”. E, no artigo 89, dispõe que o Tribunal poderá pedir a prisão e a entrega de indivíduos a qualquer Estado em cujo território a pessoa puder se encontrar, bem como solicitar a cooperação desse Estado na prisão e entrega da pessoa em causa.

⁴² Artigo 5º, inciso LI: “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”.

⁴³ Sobre o tema, vide MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 12ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 953.

Se, porventura, a requisição de entrega se referir a nacional brasileiro, nos casos em que a lei não autorize a extradição, discute-se se haveria incongruência entre a norma interna e a internacional.

Ao tratar das diferenças entre extradição e entrega, Tarciso Dal Maso Jardim⁴⁴ afirmou que a previsão da entrega de nacionais, no Estatuto de Roma, não constituía impedimento para a sua ratificação pelo Brasil. E invocou, em prol de sua tese, três razões, a saber: “a) não se trata do antigo instituto da extradição, que se reporta a entrega de uma pessoa, submetida à sentença penal (provisória ou definitiva), de uma jurisdição soberana a outra. Trata-se da entrega *sui generis*, em que um Estado transfere determinada pessoa a uma jurisdição penal internacional que ajudou a construir. A Constituição brasileira certamente não se refere a esse caso especial, por impossibilidade de lógica e de vaticínio; b) o parágrafo 2º, do artigo 5º, da CF/1988, afirma de forma categórica que os direitos e garantias previstos na Constituição brasileira não excluem outros decorrentes do sistema ou do regime por ela adotados ou, ainda, provindos dos tratados em que o Brasil seja parte. O Tribunal Penal Internacional está sendo formado mediante um tratado, o que significa dar-lhe recepção constitucional. Sabemos, é verdade, que o Supremo Tribunal Federal nega arbitrariamente esse dispositivo constitucional, determinando que os tratados de direitos humanos ou humanitário não se diferenciam dos demais tratados e, portanto, possuem o mesmo *status* de lei federal, o que significa dizer que uma lei posterior dessa natureza pode derogar tratados ratificados anteriormente pelo Brasil. Entretanto, optamos pelo concebido na Constituição, não pelo imposto por interpretação; c) as disposições transitórias da CF/1988 propugnam a criação de um Tribunal Internacional dos Direitos Humanos, enquanto princípios constitucionais direcionam as relações internacionais brasileiras mediante a prevalência dos direitos humanos. Embora o Tribunal Penal não seja exclusivamente um Tribunal de direitos humanos, possui aspectos intrínsecos aos mesmos e, o que é importante, vai de encontro ao projeto constitucional brasileiro”.

O entendimento de que poderia haver incompatibilidade entre o artigo 5º, inciso LI, da Constituição da República, e o artigo 89 do Estatuto de Roma, por-

⁴⁴ Cf. O Tribunal Penal Internacional e sua importância para os direitos humanos. In: *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Brasília. Centro de Documentação e Informação, 2000, p. 31.

tanto, não se afigura o mais acertado. E isto porque a extradição se relaciona com a entrega de um indivíduo por um Estado a outro, ao passo que a entrega de nacional para julgamento pelo Tribunal Penal Intencional significa a entrega de indivíduo perante Tribunal Internacional de que o Brasil é membro, e não a Tribunal estrangeiro.⁴⁵

II.3.5. Imprescritibilidade dos crimes

Especificamente com relação à imprescritibilidade dos crimes previstos do Estatuto de Roma, o IBCCRIM já se posicionou no informe “O Anteprojeto de lei de adaptação da legislação brasileira ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional: tramitação e questões constitucionais polêmicas”:⁴⁶

“2. Da imprescritibilidade dos crimes de genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade.

O Anteprojeto estabelece, em seu artigo 3º, que: “Artículo 3º. Os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra são imprescritíveis, inafiançáveis e insuscetíveis de anistia, graça ou indulto”. Tal dispositivo atende à exigência do artigo 29 do Estatuto de Roma, que estabelece que os crimes da competência do Tribunal Penal Internacional não prescrevem.

Não há nenhum dispositivo expresso no ordenamento jurídico brasileiro que preveja uma regra absoluta de prescritibilidade das infrações penais.

Por outro lado, a própria Constituição proclama a imprescritibilidade do crime de prática de racismo, bem como da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático (artículo 5º, XLII e XLIV).

Contudo, a menção no texto constitucional de apenas dois casos de imprescritibilidade implicaria, implicitamente, a vedação ao legislador infraconstitucional de criar novas hipóteses de imprescritibilidade.⁴⁷

Entendemos não haver tal vedação. A alegação de inconstitucionalidade do Anteprojeto de lei, neste ponto, teria por fundamento a regra hermenêutica *inclusio unius alterius est exclusio*. Tal regra, contudo, quer do ponto de vista lógico, quer do

⁴⁵ No mesmo sentido: “The Court is not a ‘foreign’ jurisdiction in the sense that another State is, and not all the same considerations apply” BASSIOUNI, M. Cherif. *ICC Ratification and National Implementing Legislation*. In: *Nouvelles Études Pénales*. N. 13 quarter, Toulouse: Érès, 1999, p. 87.

⁴⁶ Publicação da Fundação Konrad Adenauer, 2005, no prelo.

⁴⁷ TRIPPO, Maria Regina. *Prescritibilidade penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 94; MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Prescrição penal - prescrição funcionalista*. São Paulo: RT, 2000, p. 173.

ponto de vista jurídico, não merece uma acolhida integral e incondicional. Com efeito, quando o legislador mencionar uma ou duas hipóteses, não se pode deduzir, necessária e automaticamente, a exclusão de todas as outras. Até mesmo porque, no caso brasileiro, não há previsão explícita de uma regra geral de prescritibilidade dos delitos. Há, apenas e tão-somente, a previsão de duas categorias de crimes que são imprescritíveis.

No direito internacional há forte posicionamento no sentido da imprescritibilidade do delito de genocídio, dos crimes contra a humanidade e dos crimes de guerra de maior gravidade.

A ONU, através da Resolução n. 2.391, de 26 de novembro de 1968, adotou a Convenção sobre a imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade.⁴⁸

É verdade, contudo, que o Brasil não ratificou tal convenção. Todavia, a não adesão a tal documento internacional não foi determinada pela imprescritibilidade em si de tais crimes, mas pela previsão de que a imprescritibilidade seria aplicada retroativamente (artículo 1º).

Aliás, no direito comparado há inúmeros exemplos de imprescritibilidade de delitos nesta mesma linha, podendo ser citados, entre os países da América Latina: a Constituição da Nação Argentina, de 1994, em seu artigo 36 prevê a imprescritibilidade da ação penal referente aos atos de força contra a ordem institucional e o sistema democrático; a Constituição da República do Paraguai, de 1992, no artigo 5º, dispõe que o genocídio, a tortura e o desaparecimento de pessoas, o seqüestro e o homicídio por razões políticas são imprescritíveis, dispositivo este que é reafirmado pelo artigo 102, § 3º, do Código Penal de 1997; a Constituição da Venezuela, de 1999, em seu artigo 29, prevê a imprescritibilidade das ações referentes aos delitos de lesa-humanidade, às violações graves de direitos humanos e aos crimes de guerra”.

Em suma, o fato de o Estatuto de Roma estabelecer a imprescritibilidade dos crimes de genocídio, contra a humanidade e crimes de guerra, isso não representa óbice para a sua ratificação ou implementação.

⁴⁸ A convenção entrou em vigor em 11 de novembro de 1970, noventa dias após a décima adesão. Para a delimitação dos delitos imprescritíveis, o texto remete aos crimes tratados pelo Estatuto de Nuremberg e, indo mais além, com relação aos crimes de guerra, refere-se à Convenção de Genebra de 1949, realçando as infrações graves. Nos crimes contra a humanidade, abarca os delitos cometidos tanto em tempo de guerra, quanto em tempo de paz.

11.3.6. Questões decorrentes da aplicação do princípio da complementariedade

Além dos óbices à implementação do Estatuto de Roma, acima mencionados, há, ainda, algumas dificuldades que poderão surgir em razão do exercício do princípio da complementariedade. Não se trata de dificuldades que decorreriam diretamente da sua implementação, mas que poderão surgir caso o Tribunal Penal Internacional pretenda instaurar um processo; relativo a crime que já tenha sido objeto de julgamento pelo Poder Judiciário Brasileiro.

Mais especificamente, o primeiro problema poderá surgir com o afastamento da garantia da coisa julgada, nas hipóteses de simulacro de processo; o segundo problema poderá ocorrer caso tenha sido concedida anistia pela lei nacional e, conseqüentemente, tenha sido julgada extinta a punibilidade, mas o Tribunal Penal Internacional resolva julgar o caso.

11.3.6.1. Coisa julgada

A Constituição da República, em seu artigo 5º, inciso XXXVI, prevê, entre os direitos e garantias individuais, a garantia da coisa julgada.⁴⁹ Por seu turno, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no artigo 8, n. 4, prevê, entre as garantias processuais mínimas, a de que “o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”. Finalmente, o Código de Processo Penal prevê a exceção de coisa julgada (artículo 110, § 2º).⁵⁰

Em suma, tanto no nível constitucional, quando na legislação ordinária, a garantia da coisa julgada encontra-se assegurada na persecução penal brasileira.

Formada a coisa julgada material, o objeto do processo não poderá voltar a ser discutido em outro processo envolvendo as mesmas partes: é o que se denomina *função negativa da coisa julgada*.⁵¹ Trata-se, pois, da garantia do *ne bis in idem*. Assim,

⁴⁹ Artigo 5º, inciso XXXVI: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

⁵⁰ Artigo 110, § 2º: “A exceção de coisa julgada somente poderá ser oposta em relação ao fato principal, que tiver sido objeto de sentença”.

⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Eficácia e autoridade da sentença penal*. São Paulo: RT, 1978, p. 14.

se o acusado for absolvido por sentença penal transitada em julgado, a matéria não poderá voltar a ser rediscutida em outro processo. O mesmo se diga em relação às sentenças que declaram extinta a punibilidade. Neste caso, não seria cabível nem mesmo a revisão criminal, posto que não se admite a rescisão do julgado penal *pro societate*. Trata-se, pois, do que se denomina “coisa soberanamente julgada”.

Somente no caso de sentença penal condenatória é que seria possível afastar-se a coisa julgada, mediante revisão criminal, desde que estivesse presente uma das hipóteses que autorizam a interposição de tal ação autônoma para a impugnação das sentenças penais condenatórias transitadas em julgado.⁵²

O Estatuto de Roma também prevê, como regra geral, a coisa julgada como garantia do *ne bis in idem*, em seu artigo 20.⁵³ Todavia, prevê uma hipótese em que fica afastada a vedação do segundo processo, com fundamento em coisa julgada anterior (artículo 20.3).⁵⁴

As exceções previstas nas letras “a” e “b” do artigo 21 (3) tratam de hipóteses de simulacros de processos, em que a real intenção não é a realização de julgamento justo e imparcial, mas apenas permitir o exercício primário da jurisdição nacional, para beneficiar o acusado e afastar a atuação do Tribunal Penal Internacional.

De qualquer forma, como no plano interno do direito brasileiro a garantia da coisa julgada não encontra exceções, há de se indagar sobre a compatibilidade de tal norma como a Constituição da República e como o ordenamento interno brasileiro. Repita-se: não se trata de problema de implementação em si, mas de uma possível dificuldade que poderá surgir em função da atuação do princípio da complementariedade.

Uma primeira possibilidade para se afastar esse óbice decorrente da flexibilização da coisa julgada seria considerar que, do ponto de vista do direito interno, não se estaria diante de uma situação em que seria cabível a “exceção de coisa julgada”,

⁵² O artigo 621 do Código de Processo Penal estabelece: “A revisão dos processos findos será admitida: I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena”.

⁵³ “Artículo 20 - 1. Salvo disposição em contrário do presente Estatuto, ninguém será julgado pelo Tribunal por condutas constitutivas de crimes pelos quais já tenha sido julgado ou absolvido pelo próprio Tribunal”.

⁵⁴ “3. Ninguém que já tenha sido julgado por outro tribunal por uma conduta igualmente prevista nos artigos 6º, 7º ou 8º, será julgado pelo Tribunal pela mesma conduta, a menos que os procedimentos no outro tribunal: a) tenham obedecido ao propósito de subtrair ao acusado de sua responsabilidade penal por crimes sob a jurisdição do Tribunal; ou b) não tenham sido conduzidos de forma independente ou imparcial, em conformidade com as normas do devido processo reconhecidas pelo direito internacional, mas de tal forma que, em circunstâncias, era incompatível com a intenção de efetivamente submeter o indivíduo em questão à ação da justiça”.

posto que não haveria identidade de demandas; ou seja, o processo que se desenvolveu perante a justiça nacional não seria igual ao outro processo que se pretende instaurar perante o Tribunal Penal Internacional.

Embora a tese seja sedutora e capaz de resolver com simplicidade o problema, entendemos que tal resposta não é satisfatória para a questão.

A análise dos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada pressupõe a delimitação do objeto do processo. Em regra, dois processos são iguais se houver identidade de partes, de pedido e de causa de pedir. É a teoria dos três *eadem: personae, res et causa petendi* (artículo 301, § 2º, do Código de Processo Civil).⁵⁵ No processo penal, contudo, com relação à identidade de partes, pouco importa se o autor é o Ministério Público ou acusador privado, bastando a identidade de acusado. De outro lado, com relação à causa de pedir, bastará que haja identidade do fato naturalístico imputado, em seu dado essencial, pouco importando a sua qualificação jurídica. Por fim, com relação ao pedido, como ele é sempre genérico —de condenação do acusado às penas previstas em lei— tal dado não tem maior relevância. Em suma, há identidade de demandas, no processo penal, quando ambas tiverem o mesmo acusado e em ambas for imputado o mesmo fato naturalístico.⁵⁶

Assim, é possível afirmar que, para fins de identidade de demandas no processo penal, um processo movido pelo Ministério Público, ou mesmo pelo acusador particular, por um determinado crime, será igual a um outro processo movido pelo Ministério Público do Tribunal Penal Internacional, pelo mesmo fato, contra o mesmo acusado.

Parece-nos, contudo, que o problema não é insolúvel.

A coisa julgada está diretamente ligada ao exercício da atividade jurisdicional, como atributo da sentença de mérito. Por outro lado, somente é legítimo o processo e a sentença que tenham sido proferidas segundo o devido processo legal, o que inclui

⁵⁵ Os § 1º e 2º, do artigo 301 do Código de Processo Civil dispõem: § 1º “Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada”. 2º “Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido”.

⁵⁶ Cf.: ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro anotado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965. v. II, n. 259; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 2, cap. 31, n. 37; GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, n. 72; NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 279. Na jurisprudência: STF, HC n. 77.909. Há, todavia, corrente mais restritiva, que exige a tripla identidade, para que se considerem duas demandas como iguais: BORGES DA ROSA, Inocêncio. *Comentários ao Código de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 207; MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Curso de processo penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 30.

ter sido o julgamento realizado por um juiz natural. O juiz natural é, por natureza, um juiz imparcial, o que para muitos chega mesmo a ser um atributo essencial para a própria existência do processo e, conseqüentemente, da coisa julgada.

Nesse contexto, é legítimo afirmar que, nos casos em que se tenha um simulacro de processo —instaurado justamente para se assegurar a impunidade ou uma punição leve para quem mereceria uma punição severa— não há que se falar em juiz natural, devido processo legal e, muito menos, coisa julgada.

Nesses casos, desde que devidamente comprovado que se tratou de um processo de “faz de conta”, não há coisa julgada a ser preservada e, portanto, a instauração de processo perante o Tribunal Penal Internacional não estará violando a garantia da coisa julgada, que deveria ter-se formado no primeiro processo, até mesmo porque não houve processo e coisa julgada válidas.

Embora se referindo ao processo instaurado perante juiz inconstitucionalmente incompetente, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes entendem:⁵⁷ “Em se tratando de *sentença inexistente* (proferida por juiz constitucionalmente incompetente, em contraste com o artigo 5, LIII, da CF), esta simplesmente não transita em julgado, sendo nenhuma a sua eficácia”.

Cabe lembrar que, em situação nas quais o processo se desenvolveu perante autoridade judiciária constitucionalmente incompetente, a jurisprudência tem entendido que não há óbice para a instauração do segundo processo, perante o juiz constitucionalmente competente, posto que coisa julgada do primeiro processo não teria validade.⁵⁸

Em suma, o problema não parece insuperável, vez que o claro propósito de subtrair o acusado de julgamento justo, limitando-se a realizar simulacro de processo, permite que se considere como juridicamente inexistente a coisa julgada formada anteriormente.

II.3.6.2. Anistia

Com a previsão do princípio da complementaridade, pelo qual o Tribunal Penal Internacional somente poderá processar e julgar, caso o Tribunal Nacional não

⁵⁷ As nulidades no processo penal. 6. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 49. Os citados autores, contudo, entendem que, mesmo em tal caso, diante dos princípios maiores do *favor rei* e do *favor libertatis*, “o dogma do *ne bis in idem* deverá prevalecer, impedindo nova persecução penal a respeito de fato delituoso que foi objeto de outra ação penal”.

⁵⁸ Nesse sentido, TJSP, RT 521/377. Em sentido contrário, vedando o segundo processo, mesmo no caso em que a coisa julgada tenha se formado em processo instituído perante órgão jurisdicional constitucionalmente incompetente: TJSP, RT 207/318, TACrimSP e JTACrim 24/48.

tenha vontade ou capacidade de fazê-lo, ou se o julgamento for fraudulento, surgiram dúvidas quanto à questão decorrente da anistia.

O problema poderá ocorrer porque o Estatuto de Roma, no que diz respeito à submissão do caso ao Tribunal, não excepciona hipóteses bastante conhecidas, como os processos de anistia e as Comissões da Verdade (*Truth Comissions*), surgidos após grande conflagração interna. Nesses casos - como, aliás, aconteceu no Brasil em fins da década de 70, em decorrência da ditadura militar -, embora haja previsão legal de punição penal das condutas praticadas, o Estado, por decisão própria, decide por extinguir a punibilidade.

Os instrumentos acima mencionados têm sido utilizados para permitir acordos nacionais, que venham a possibilitar uma redução de tensões e a passagem para modelos político-jurídicos mais democráticos. O Estatuto de Roma, entretanto, não os reconhece e, pelo princípio da complementariedade, poderá haver a intervenção do Tribunal Penal Internacional, mesmo nessas hipóteses de consenso nacional, o que, talvez, possa até mesmo aumentar as tensões e não resolver satisfatoriamente as questões postas de violações de direitos humanos.

III ● Implementação e regras de aplicação espacial da lei penal

III.1. Aplicação da lei penal

III.1.1. Considerações introdutórias: Crimes militares e não-militares

No sistema penal brasileiro, os crimes militares possuem uma regulamentação material e processual específica.⁵⁹ Subdividem-se em crimes militares em tempo de

⁵⁹ Respectivamente, o Código Penal Militar (Decreto-lei nº 1.001/69) e o Código de Processo Penal Militar. Os demais crimes estão tipificados na Parte Especial do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848/40) e em inúmeras leis especiais.

paz⁶⁰ e em tempo de guerra.⁶¹ Mas a par desta distinção decorrente da lei, pode-se falar ainda, em crimes militares próprios —previstos no Código Penal Militar— e os impróprios, assim considerados em razão das normas de extensão previstas no artigo 9º e 10, III. São aqueles cuja definição típica é dada pela lei penal comum, entretanto, cometidos em circunstâncias ou em condições que os qualificam como militares.

III.1.2. *Legislação penal comum: panorama atual*

No que se refere à aplicação espacial da lei penal, vige o princípio da territorialidade —artículo 5º, *caput* do Código Penal.⁶² Ou seja: via de regra, a lei penal brasileira é aplicada em todo o território nacional,⁶³ independentemente da nacionalidade

⁶⁰ Os crimes em tempo de paz acham-se disciplinados no Código Penal Militar, no artigo 9º, da seguinte forma: “Consideram-se crimes militares, em tempo de paz: I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial; II - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados: a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado; b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil; c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil; d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil; e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar; f) revogado pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996. III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos: a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar; b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo; c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras; d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior. Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum”.

⁶¹ Os Crimes militares em tempo de guerra acham no artigo 10, do Código Penal Militar: “Consideram-se crimes militares, em tempo de guerra: I - os especialmente previstos neste Código para o tempo de guerra; II - os crimes militares previstos para o tempo de paz; III - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum ou especial, quando praticados, qualquer que seja o agente: a) em território nacional, ou estrangeiro, militarmente ocupado; b) em qualquer lugar, se comprometem ou podem comprometer a preparação, a eficiência ou as operações militares ou, de qualquer outra forma, atentam contra a segurança externa do País ou podem expô-la a perigo; IV - os crimes definidos na lei penal comum ou especial, embora não previstos neste Código, quando praticados em zona de efetivas operações militares ou em território estrangeiro, militarmente ocupado”.

⁶² Artigo 5º: “Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional”. É importante observar estar o Código Penal Brasileiro dividido em duas partes. A primeira, denominada Parte Geral, é resultante da Lei nº 7.209/84. A segunda, referida como Parte Especial, onde estão definidos os crimes e estabelecidas as sanções penais correspondentes, com algumas alterações, é decorrente do Decreto-lei nº 2.848/40.

⁶³ A expressão território é empregada em seu sentido jurídico. Compreende, assim, todo o espaço —terrestre, aéreo, fluvial e marítimo onde o Estado Brasileiro exerça a sua soberania. O § 1º do artigo 5º do Código Penal, prevê como extensão do território nacional, para os fins penais, as embarcações e aeronaves brasileiras de natureza pública, ou a serviço do governo brasileiro, onde quer que se encontrem, assim como aquelas mercantes ou de propriedade privada que se encontrarem em alto-mar ou no espaço aéreo correspondente ao alto-mar.

do autor ou da vítima. Não se trata, é bom frisar, de regra de contornos absolutos. Com efeito, a própria lei prevê situações excepcionais que melhor qualificariam o princípio como o da territorialidade temperada.

Nesse sentido, o *caput* do artigo 5º do Código Penal estabelece a primazia das convenções, dos tratados e das regras do direito internacional quando da aplicação da lei penal brasileira. São as hipóteses de crimes cometidos por representantes diplomáticos e chefes de Estado estrangeiros, que adstritos estão à legislação do país de origem, ainda que a conduta tenha sido cometida no âmbito do território nacional.

Mas não é só. De fato, não podem ser esquecidas as hipóteses de extraterritorialidade da lei penal brasileira, que são informadas por outros princípios como os da defesa, da nacionalidade, da justiça universal e da representação. A questão é tratada pelo artigo 7º do Código Penal,⁶⁴ que prevê duas modalidades de extraterritorialidade: a incondicionada e a condicionada.

A lei penal brasileira será aplicada, independentemente de qualquer condição ou requisito, ainda que o agente tenha sido julgado no estrangeiro,⁶⁵ quando o crime lá ocorrido tiver sido cometido contra a vida ou a liberdade do Presidente da República —artículo 7º, inciso I, “a” do Código Penal—; contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público —artículo 7º, inciso I, “b” do Código Penal—; contra a administração pública, por quem está a seu serviço —artículo 7º, inciso I “c”, do Código Penal. Tais hipóteses são regidas pelo princípio da defesa.

⁶⁴ Artigo 7º: “Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro: I - os crimes: a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República; b) contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público; c) contra a administração pública, por quem está a seu serviço; d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil; II - os crimes: a) que por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir; b) praticados por brasileiro; c) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados. § 1º. Nos casos do inciso I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro. § 2º. Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições: a) entrar o agente no território nacional; b) ser o fato punível também no país em que foi praticado; c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição; d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena; e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável. § 3º. A lei brasileira aplica-se ao crime cometido por estrangeiro, contra brasileiro fora do Brasil, se, reunidas as condições previstas no parágrafo anterior: a) não foi pedida ou foi negada a extradição; b) houve requisição do Ministro da Justiça”.

⁶⁵ Faz jus o agente, todavia, a uma redução de pena, acaso venha também aqui ser condenado, conforme disposto no artigo 8º do Código Penal: “A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas”.

A prática de crime de genocídio⁶⁶ por agente brasileiro, ou estrangeiro domiciliado no Brasil, também é hipótese de extraterritorialidade incondicionada da lei penal brasileira —artículo 7º, inciso I, “d” do Código Penal. Mas aqui a influência é do princípio da justiça universal, que, entretanto, não pode ser considerado absoluto, justamente pela exigência de convergência de aspectos pessoais por parte do agente. Fala-se, assim, em justiça universal mitigada.

Já as hipóteses de extraterritorialidade condicionada estão tratadas no inciso II do artigo 7º do Código Penal. Nestas situações, a lei penal brasileira poderá ser aplicada, para o crime cometido no estrangeiro, desde que satisfeitas determinadas condições.

Dentre as várias hipóteses, destacamos a possibilidade de aplicação da lei brasileira aos crimes que, por tratado ou convenção, o Brasil tenha se obrigado a reprimir —artículo 7º, inciso II, “a” do Código Penal.⁶⁷ Aqui, diferentemente do genocídio, não se exige que seja o agente brasileiro ou estrangeiro domiciliado no Brasil. Mas embora decorra da adoção do princípio da justiça universal, ainda se faz necessária a convergência de condições objetivas, quais sejam: que o agente ingresse no território nacional; que o crime seja também punível no país em que foi praticado e que esteja incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira admita a extradição, e que o agente não tenha; sido absolvido no estrangeiro, perdoado, ou sido extinta a punibilidade, conforme a lei mais favorável, ou mesmo lá cumprido a pena.⁶⁸

No que se refere ao crime de tortura, objeto de tipificação por lei específica,⁶⁹ há disposição prevendo a aplicação da lei brasileira, para conduta praticada no estrangeiro, desde que a vítima seja brasileira —nacionalidade passiva— ou que o agente se encontre em território nacional.⁷⁰

⁶⁶ O crime é tratado pela Lei nº 2899/56. São puníveis as seguintes condutas: “Artículo 1º. Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal: a) matar membros do grupo; b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial; d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.” Já o artigo 2º prevê como punível a associação de mais de três pessoas para a prática das condutas previstas no artigo anterior. A incitação também é prevista como conduta punível no artigo 3º.

⁶⁷ São mencionados como exemplo, o crime de tráfico de entorpecentes prevista na Convenção de Viena de 20.12.88 e de menores na Convenção da Cidade do México, de 18.3.94.

⁶⁸ Artigo 7º §. 2º, “a”, “b”, “c”, “d” e “e” do Código Penal.

⁶⁹ Definido pela Lei nº 9.455/97, nos seguintes termos: “Artículo 1º. Constitui crime de tortura: I - constringer alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; b) para provocar ação ou omissão de natureza criminoso; c) em razão de discriminação racial ou religiosa; II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo”.

⁷⁰ Artigo 2º da Lei nº 9.455/97: “O disposto nesta Lei aplica-se ainda quando o crime não tenha sido cometido em território nacional, sendo a vítima brasileira ou encontrando-se o agente em local sob a jurisdição brasileira”.

Há que se ressaltar, por fim, a questão relativa à definição de lugar do crime que, embora não diretamente vinculado ao tema de aplicação espacial da lei penal, com ele está intimamente relacionado. Nesse sentido, a legislação brasileira adotou o princípio da ubiqüidade. Ou seja, lugar do crime é tanto aquele em que tenha ocorrido, no todo ou em parte, a ação ou omissão, bem como aquele onde se produziu, ou deveria ter sido produzido o resultado.⁷¹ O dispositivo em tela acaba por resolver a problemática dos crimes a distância, em que a conduta tenha sido iniciada em um país e o resultado cometido em outro. Basta, portanto, que a execução —ou parte desta—, ou ainda que apenas o resultado tenha se verificado no território nacional para que se considere o Brasil como o local do crime, incidindo, por via de consequência, a regra do artigo 5º *caput* do Código Penal - territorialidade.

III.1.3. Legislação penal militar: panorama atual

O princípio da territorialidade, na legislação militar, está disciplinado no artigo 7º, do Código Penal Militar.⁷² Aqui vige, como regra, o princípio da territorialidade da lei penal militar, ressalvadas as disposições constantes em convenções e tratados internacionais, assim como das regras de direito internacional. Aliás, a referida lei penal será aplicada, quer o crime tenha sido praticado no todo, quer em parte no Brasil.

A extraterritorialidade, porém, possui contornos mais amplos, se comparada com a legislação penal comum. De fato, a lei penal militar será aplicada, ainda que o agente esteja sendo processado ou já tenha sido julgado pela justiça estrangeira. A pena cumprida no estrangeiro poderá, entretanto, atenuar a pena imposta no Brasil.⁷³

⁷¹ Artigo 6º, do Código Penal.

⁷² A territorialidade e a extraterritorialidade estão, assim, dispostas: “Artículo 7º Aplica-se a lei penal militar, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido, no todo ou em parte, no território nacional, ou fora dele, ainda que, neste caso, o agente esteja sendo processado ou tenha sido julgado pela justiça estrangeira”; A lei define abrangência do território nacional por extensão a ampliação para aeronaves e navios estrangeiros: “§ 1º Para os efeitos da lei penal militar consideram-se como extensão do território nacional as aeronaves e os navios brasileiros, onde quer que se encontrem, sob comando militar ou militarmente utilizados ou ocupados por ordem legal de autoridade competente, ainda que de propriedade privada. § 2º É também aplicável a lei penal militar ao crime praticado a bordo de aeronaves ou navios estrangeiros, desde que em lugar sujeito à administração militar, e o crime atente contra as instituições militares”.

⁷³ O artigo 8º, do Código Penal Militar dispõe: “A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas”.

III.1.4 Anteprojeto de lei de implementação do Estatuto de Roma

Como já salientado, encontra-se em fase de elaboração por Comissão, instituída pelo Poder Executivo, um Anteprojeto de lei com a finalidade de definir o crime de genocídio, os crimes contra a humanidade, de guerra e contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, dispondo, outrossim, sobre a cooperação judiciária com aquela corte.

No que se refere à aplicação de seus dispositivos, a proposta mantém a tradição jurídica brasileira da territorialidade. Prevê, contudo, a extraterritorialidade caso o agente seja nacional, ou, se estrangeiro ou apátrida,⁷⁴ venha a ingressar em território sob a jurisdição brasileira.⁷⁵ No que se refere à definição de lugar do crime, dispositivo de suma importância para delimitação dos parâmetros de territorialidade ou de extraterritorialidade, o anteprojeto manteve a tradição de incorporação do princípio da ubiquidade. Ou seja, lugar do crime é tanto aquele em que ocorrer a ação ou a omissão, no todo ou em parte, quanto aquele onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado.⁷⁶

III. 2. Competência

III.2.1. Breves considerações sobre a estrutura judiciária brasileira

No sistema jurídico brasileiro, a delimitação da competência dos vários órgãos jurisdicionais é realizada em vários planos. Em nível constitucional, são fixadas as diretrizes principais, dentre as quais merece destaque, para os fins do presente trabalho, a divisão entre Justiça especial e comum.

⁷⁴ Há nítida inovação na inclusão da figura do apátrida, o que bem reflete uma maior conscientização do legislador frente a situações jurídicas peculiares do direito internacional, notadamente daqueles desprovidos de nacionalidade.

⁷⁵ É o que se depreende da redação do artigo 4º: "Aplica-se esta lei aos crimes cometidos em território nacional ou embora cometidos no estrangeiro, se o agente é brasileiro ou, sendo de outra nacionalidade ou apátrida, ingressa em território sob a jurisdição brasileira."

⁷⁶ Conforme redação do § 3º do artigo 4º. No Código Penal a matéria está disciplinada no art 6º: "Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado". No Código Penal Militar há semelhante disposição no artigo 6º: "Considera-se praticado o fato, no lugar em que se desenvolveu a atividade criminosa, no todo ou em parte, e ainda que sob forma de participação, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado. Nos crimes omissivos, o fato considera-se praticado no lugar em que deveria realizar-se a ação omitida."

A primeira engloba a Justiça do Trabalho —desprovida de competência criminal—;⁷⁷ a Justiça Eleitoral —competente, em síntese, para o julgamento dos crimes eleitorais e conexos—;⁷⁸ e a Justiça Militar —competente para o julgamento dos crimes militares definidos em lei.⁷⁹ A Justiça comum, também referida por ordinária, compreende, por sua vez, a Federal —com competência para julgamento das causas que, em suma, envolvam interesse da União, de entidade autárquica ou empresa pública federal—⁸⁰ e a Estadual, de competência residual.⁸¹

É importante esclarecer, por fim, ter a Constituição da República permitido aos Estados a criação da Justiça Militar Estadual,⁸² competente para processar e julgar os militares dos Estados nos crimes militares definidos em lei.⁸³

III.2.2. Recentes alterações: reforma constitucional

Embora não vinculada ao processo de implementação interna do Estatuto de Roma, a Emenda Constitucional nº 45, publicada em 31 de dezembro de 2004, ao dispor sobre a reforma do Poder Judiciário; acabou introduzindo aspectos relevantes para o Direito Penal Internacional.

⁷⁷ Conforme artigos 111 a 117 da Constituição da República.

⁷⁸ Conforme artigos 118 a 121 da Constituição da República.

⁷⁹ Artigo 124, caput da Constituição da República: “A Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.” O artigo 125, por sua vez, teve a sua redação recentemente alterada por força da Emenda Constitucional nº 45 que tratou da reforma do judiciário. Merece destaque o § 4º que tratou de competência da Justiça Militar Estadual: “Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei, e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima foi civil”.

⁸⁰ A questão vem regulada pelo artigo 109 da Constituição da República, da qual destacamos, no âmbito criminal: “Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; [...] IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral; V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando iniciada a execução no país, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente; V - as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo; VI - os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira”.

⁸¹ Regulada pelos artigos 125 a 126 da Constituição da República.

⁸² Conforme estabelecido pelo artigo 125, § 3º: “A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juízes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes”.

⁸³ Ver artigo 124 da Constituição da República.

Além do reconhecimento expresso da jurisdição do Tribunal Penal Internacional,⁸⁴ a reforma abriu espaço para o reconhecimento da competência da Justiça federal para o processamento e julgamento de todas as causas que envolverem direitos humanos —critério de competência material.⁸⁵ E nessa mesma esteira, restou estabelecida, ainda, a possibilidade do Procurador-Geral da República⁸⁶ suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça,⁸⁷ incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal de inquérito ou processo, na hipótese de grave violação de direitos humanos e sempre com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte.⁸⁸

III.2.3. Anteprojeto de lei de implementação do Estatuto de Roma

A par dos aspectos relativos à aplicação da lei penal,⁸⁹ o anteprojeto reforçou a competência da Justiça Federal Comum e Militar da União para processamento e julgamento dos crimes por ela definidos —genocídio, contra a humanidade, de guerra e contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional.⁹⁰

⁸⁴ Ver nota 5, *supra*.

⁸⁵ É o que dispõe o artigo 109, inciso VI da Constituição da República.

⁸⁶ Chefe do Ministério Público Federal.

⁸⁷ Trata-se de tribunal superior na estrutura da organização judiciária brasileira cuja competência está voltada à uniformização de interpretação da lei federal.

⁸⁸ Artigo 109, § 5º: “Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal”.

⁸⁹ Tratados no item III.1 *supra*.

⁹⁰ É o que dispõe o artigo 16: “Os crimes previstos nesta lei atentam contra interesses da União, sendo da competência da Justiça Federal ou da Justiça Militar da União”.

IV • Conclusões

Embora o Brasil tenha ratificado o Estatuto de Roma há três anos, ainda enfrenta problemas para a sua implementação. A despeito das questões jurídicas apontadas, as dificuldades principais parecem ser de índole político-cultural.

Por suas características culturais, geográficas e históricas, o Brasil nunca deu grande importância a questões referentes ao direito penal internacional. É um país de origem portuguesa, entre o Oceano Atlântico e os demais Estados sul-americanos, em sua maioria de origem espanhola, com os quais se relaciona comercialmente e sem beligerância. De igual modo, no cenário mundial, o Brasil não costuma se envolver em situações de conflito armado, guerras, agressões ou crimes contra a humanidade. Enfim, o direito penal internacional não é assunto prioritário na sociedade civil, que está mais voltada à resolução de seus conflitos sociais no âmbito interno.

Todavia, com a crescente globalização e a maior inserção do Brasil nas relações internacionais, essa perspectiva, ainda que timidamente, tem sido modificada. Basta verificar, como já exposto, que antes mesmo da ratificação do Estatuto de Roma, o Ministério da Justiça instalou um Grupo de Trabalho destinado a elaborar Anteprojeto de Lei para a sua implementação. Ao lado disso, a eleição da brasileira Sylvia Helena Steiner para integrar o quadro de magistrados da mencionada corte internacional, por certo, serviu para difundir a importância do tema no cenário brasileiro.

De qualquer modo, a implementação do Estatuto de Roma é fator que, no presente momento, depende muito mais de consenso político nacional do que da superação de problemas jurídicos, mesmo porque, com relação a estes, como visto, a doutrina os tem considerado superáveis.

V ● Bibliografia

- BASSIOUNI, M. CHERIF. ICC Ratification and National Implementing Legislation. In: *Nouvelles Études Pénales*. n. 13 quarter, Toulouse: Érès, 1999.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BITENCOURT, CEZAR ROBERTO. Pena de prisão perpétua. In: *Revista CEJ/ Conselho da Justiça Federal*, Centro de estudos Judiciários. n. 11, Brasília: CJF, 2000, p. 41/47.
- BORGES DA ROSA, INOCÊNCIO. *Comentários ao Código de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.
- CERNICCHIARO, LUIZ VICENTE. Pena de prisão perpétua. In: *Revista CEJ/ Conselho da Justiça Federal*, Centro de estudos Judiciários. n. 11, Brasília: CJF, 2000, p. 37/40.
- CRETELLA JR., JOSÉ. *Elementos de direito constitucional*, 2. ed.. São Paulo: RT, 1998.
- DOTTI, RENÉ ARIEL. *Curso de direito penal - Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- ESPÍNOLA FILHO, EDUARDO. *Código de processo penal brasileiro anotado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965. v. II.
- FERREIRA, Gustavo Sampaio Telles. *O Direito Internacional Público e o Tribunal Penal Internacional*. Rio de Janeiro: UERJ (dissertação), 1999.
- GRECO FILHO, VICENTE. *Manual de Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- GRINOVER, ADA PELLEGRINI. Eficácia e autoridade da sentença penal. São Paulo: RT, 1978.
- GRINOVER, ADA PELLEGRINI et all. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. São Paulo: RT, 1999.
- HUNGRIA, NELSON. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- JAPIASSU, CARLOS EDUARDO ADRIANO. *O tribunal penal internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- JARDIM, TARCISO DAL MASO. *O Tribunal Penal Internacional e sua importância para os direitos humanos*. In: *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Brasília. Centro de Documentação e Informação, 2000.
- LUIZI, LUIZ BENITO VIGGIANO. Pena de prisão perpétua. In: *Revista CEJ/ Conselho da Justiça Federal*, Centro de estudos Judiciários. n. 11, Brasília: CJF, 2000, p. 48/50.
- LUIZI, LUIZ. *Notas sobre o Estatuto do Tribunal Penal Internacional*. In: *Estudos jurídicos em homenagem ao prof. João Marcello de Araujo Junior*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- MACHADO, FÁBIO GUEDES DE PAULA. *Prescrição penal - prescrição funcionalista*. São Paulo: RT, 2000.
- MAGALHÃES NORONHA, EDGARD. *Curso de processo penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MEDEIROS, ANTONIO PAULO CACHAPUZ DE. *O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira*. In: *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2000, p. 14/15.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 12. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

- O §2º do artigo 5º da Constituição Federal. In: Teoria dos Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- Direitos Humanos e Conflitos Armados. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- NUCCI, GUILHERME DE SOUZA. Código de processo penal comentado. 3. ed. São Paulo: RT, 2004.
- PIOVESAN, FLÁVIA. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limomdad, 1996.
- SHECAIRA, SÉRGIO SALOMÃO; CORRÊA JUNIOR, ALCEU. Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência Penal. São Paulo: RT, 2002.
- SILVA, JOSÉ AFONSO. Direito constitucional positivo. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.
- SOUZA, NELSON OSCAR. Manual de direito constitucional. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- STEINER, SYLVIA HELENA F. O Tribunal Penal Internacional, a pena de prisão perpétua e a Constituição Brasileira. In: O que é o Tribunal Penal Internacional. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2000, p. 38/40.
- O Tribunal Penal Internacional. In: Boletim do IBCCrim. n. 83, São Paulo: IBCCrim, outubro/99, p. 12/13.
- TEMER, MICHEL. Elementos de direito constitucional. 8. ed., São Paulo: RT, 1991.
- TOURINHO FILHO, FERNANDO DA COSTA. Processo Penal. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 2.
- TRINDADE, ANTONIO AUGUSTO CANÇADO. Tratado de direito internacional dos direitos humanos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.
- TRIPPO, MARIA REGINA. Imprescritibilidade penal. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.