

5

Conflitos aparentes entre o TPI e o ordenamento brasileiro

Existem no corpo do Estatuto de Roma algumas previsões de que, em um primeiro momento, não seriam adequadas aos mandamentos constitucionais existentes, podendo-se defluir, sem uma análise mais criteriosa de todos esses institutos presentes, ser o TPI incompatível com o ordenamento pátrio.

Visando sepultar quaisquer dúvidas que possam pairar sobre o tema, será procedida análise sobre as previsões no Estatuto e eventuais contradições existentes com a Constituição Federal, concluindo-se, ao final, pela aplicabilidade ou não daquele pelo Brasil. Vejam-se as contradições alegadas pela doutrina.

5.1

Extradição e entrega

De início, veja-se que o artigo 89 do Estatuto versa sobre o a entrega de pessoas, solicitado ao Estado pelo TPI com a finalidade que se promova a detenção e consequente encaminhamento para aplicação da legislação penal internacional. Prevê ainda que o procedimento necessário à implementação da medida encontra-se previsto neste dispositivo, bem como no ordenamento interno de cada país.

Na análise da CF, vê-se que os incisos LI e LII do art. 5º versam sobre o instituto da extradição, sendo a mesma, em apertada síntese, inadmitida para brasileiros natos, em qualquer hipótese, e permitida aos naturalizados pela prática de crime comum, caso tenha se dado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento com o tráfico ilícito de entorpecentes, a qualquer tempo. Com relação aos estrangeiros, veda-se em caso de crime político ou de opinião.

Pois bem, considerando-se a situação hipotética de um brasileiro nato praticar um ato tipificado no Estatuto de Roma como crime e a Justiça brasileira não adotar as medidas necessárias à sua responsabilização penal. Surge aí competência do TPI para processar e julgar essa pessoa e, sabendo que o autor encontra-se em solo brasileiro, emite-se o pedido de detenção e entrega. Deve o

governo brasileiro atender o pleito do TPI ou negar o pedido, pelo fato do autor ostentar a qualidade de brasileiro nato?

Inicialmente, devem-se tecer considerações sobre ambos os institutos. Quanto ao conceito de extradição, tem-se que é “ato pelo qual um Estado entrega a outro Estado indivíduo que tenha violado as leis deste outro ente estatal, para que neste responda pelo ilícito que cometeu” (PORTELA, 2010, p.265). Seu disciplinamento no ordenamento interno se dá tanto pela Constituição Federal quanto pela Lei nº. 6.815/80, denominada de Estatuto do Estrangeiro.

Denota-se que a extradição se trata de relação existe entre dois Estados, somente, não fazendo parte nenhum outro organismo internacional. Moraes (2002, p.113) salienta que existem duas espécies: a ativa, requerida pelo Brasil a outros Estados soberanos e a passiva, na qual estes a requerem ao país.

Neste caso não se está falando de solicitação de organismos jurisdicionais aos quais o país tenha voluntariamente aderido, visando reprimir uma conduta e consequentemente levar a julgamento alguém que tenha descumprido com seus termos, e sim na relação entre Estados.

No caso específico do TPI, tem-se o *surrender*, que nada mais é do que a entrega de um cidadão para que este seja submetido à jurisdição daquele. Mazzuoli (2005b, p.66) o conceitua como “instituto *sui generis* nas relações internacionais contemporâneas, em todos os seus termos distintos do instituto já conhecido da extradição, que tem lugar entre duas potências estrangeiras visando a repressão internacional de delitos”.

Frise-se que tal entrega somente terá vez em caso de inércia do Estado de submeter a julgamento o acusado da prática dos graves crimes previstos no Estatuto de Roma, e não algo automático, em observância ao consagrado princípio da complementaridade.

Veja-se a lição de Japiassú (2004, p.213-4):

O Estatuto de Roma, como mencionado, estatui, em seu art. 89, que o Tribunal poderá requerer a prisão e a entrega de indivíduos e os Estados-membros deverão cumprir o que estiver determinado. Se porventura esta requisição se referir a nacional, em hipótese que não autorize a extradição, parece haver uma incongruência entre a norma interna e a internacional. [...] Então, dois argumentos acabaram sendo fundamentais para a solução do impasse. O primeiro dizia respeito

ao princípio da complementaridade, pois os Estados tem a obrigação primária de investigar, processar e, se for o caso, punir seus nacionais pela prática de crimes tão graves quanto os dispostos no Estatuto, sem necessidade de qualquer entrega. O segundo dizia respeito à essência da entrega, que não poderia ser confundida com a extradição. A distinção, aliás, não se restringe à denominação, mas também à substância dos dois institutos.

É de se ressaltar que inexiste, para que se de a maior eficácia possível aos texto do Estatuto, hipóteses de não entrega de um indivíduo para ser processado e julgado pelo TPI se preenchidos os requisitos estipulados.

Assim sendo, se o Estado quedar-se inerte em promover a apuração do fato considerado como delito internacionais ou o fizer de maneira defeituosa, interferindo de modo direto ou indireto no julgamento, haverá a obrigação de entrega, em atenção a obrigação assumida de cooperação internacional em casos dessa natureza.

5.2

Imunidades e foro por prerrogativa de função

Mas a entrega não é o único instituto que suscita dúvidas quanto à sua aplicabilidade/compatibilidade com o ordenamento pátrio. Existem algumas pessoas que, em razão das funções ocupadas, são protegidas por regras de imunidade e de prerrogativa de foro em razão do cargo.

No Brasil, os membros do Congresso Nacional gozam de imunidade processual, protegendo-os contra a prisão (salvo em flagrante por crime inafiançável) e, em caso de conduta delituosa praticada após a diplomação, é possível ainda a sustação do processo que tramita perante o Supremo Tribunal Federal, o qual tem a competência atraída pelo fato de o processado ser deputado federal ou senador da República.

De outro giro, o presidente da República somente pode ser preso por infrações comuns se e somente se existir sentença penal condenatória do STF, sendo um pouco diferente a regra aplicável aos parlamentares.

Fala-se aqui em imunidades aplicáveis a essas autoridades. Frise-se que, mesmo que estas regras possuam estatutura constitucional, no caso de um titular de quaisquer desses cargos praticar uma infração penal tipificada no Estatuto de

Roma e houver a inoperância do país na persecução penal do indivíduo, ou a mesma se dê de forma viciada, surgirá competência do TPI para processo e julgamento.

Há expressa previsão no Estatuto para casos dessa natureza. No art. 27 do Estatuto¹ encontra-se dispositivo que diz respeito ao princípio da irrelevância da qualidade oficial dos criminosos.

Pode ocorrer, e isso não seria raro de acontecer, de os bens jurídicos objetos de proteção pelo Estatuto de Roma serem violados por pessoas que ostentem alguma qualidade no Estado onde foi praticado o ilícito ou naquele de onde partiu a ordem.

Mazzuoli (2005b, p.74-5), ao enfrentar o tema, sintetiza a questão, afirmando que

Os crimes de competência do TPI – crime de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão –, por sua vez, são quase sempre perpetrados por indivíduos que se escondem atrás dos privilégios e imunidades que lhes conferem os seus ordenamentos jurídicos internos. [...] Portanto, as imunidades ou privilégios especiais que possam ser concedidos aos indivíduos em função de sua condição como ocupantes de cargos ou funções estatais, seja segundo o seu direito interno, seja segundo o Direito Internacional, não constituem motivos que impeçam o Tribunal de exercer a sua jurisdição em relação a tais assuntos.

Seria condenar a morte todos os dispositivos do Estatuto se houvesse previsão em sentido diverso, desaguando em sua inaplicabilidade e ineficácia se eventuais garantias processuais de agentes públicos, previstas no ordenamento interno ou internacional, fossem levados em conta em caso de prática de ilícitos internacionais.

¹ O presente Estatuto será aplicável de forma igual a todas as pessoas, sem distinção alguma baseada na qualidade oficial. Em particular, a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público em caso algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal, nos termos do presente Estatuto, nem constituirá de per si motivo de redução da pena. 2 - As imunidades ou normas de procedimento especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa, nos termos do direito interno ou do direito internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa.

5.3 Coisa julgada

Ainda no rol de críticas ao Estatuto de Roma, tem-se a previsão no art. 5º, XXXVI da CF/88² da impossibilidade da lei prejudicar a coisa julgada, cujo conceito encontra-se no ordenamento infraconstitucional, como a decisão judicial que já não caiba mais recurso, conforme art. 6º, §3º do Decreto Lei 4.657/42, desde o ano de 2010 denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Este instituto tem por escopo imprimir segurança jurídica nas decisões judiciais em que se opera o fenômeno do trânsito em julgado, impossibilitada a revisão do *decisum* por outra autoridade judiciária.

Entretanto, com nem tudo é absoluto no texto constitucional brasileiro (tendo como exemplo maior o direito à vida e a possibilidade de aplicação de pena de morte em caso de guerra declarada), veja-se o que decidiu o STF, no Recurso Extraordinário nº. 429.171:

“[...] mostra-se equivocado o entendimento segundo o qual decisão judicial com trânsito em julgado não pode ser reapreciada, especialmente quando caracterizar nulidade absoluta.” (RE 429.171, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 14-9-2004, Primeira Turma, DJ de 11-2-2005)

O julgamento em comento refere-se a um caso de violação de competência para processo e julgamento de ação criminal. No sistema processual penal pátrio, é causa de nulidade a incompetência, suspeição ou suborno do juiz, conforme art. 564, I do Código de Processo Penal (CPP).

Reconhece-se, de forma unânime pela doutrina, que se trata de um caso de nulidade absoluta, pelo fato do art. 572 do mesmo diploma dispor sobre nulidade sanáveis. *A contrario sensu*, as demais se consideram insanáveis.

Por extensão, deflui-se que as outras hipóteses previstas no mesmo art. 564, CPP, enquadradas com casos de nulidade absoluta, também podem ensejar a reapreciação judicial, não sendo a preclusão motivo suficiente para salvaguardar o réu absolvido caso seja verificado este tipo de mácula que contamina o processo

² Art. 5º.....

(...)

XXXVI. A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

como um todo, mesmo que este esteja albergado pelo manto da coisa julgada, por ser matéria de ordem pública.

Veja-se a seguinte situação hipotética: o presidente de um país, após a adesão deste ao Estatuto de Roma, é acusado da prática do crime de genocídio. Iniciado processo judicial, dentro do que prevê o ordenamento interno, é absolvido de todas as imputações que lhe são feitas, mesmo que em flagrante contrariedade às provas colhidas nos autos.

No caso de sentença viciada, a solução para a problemática encontra-se no próprio Estatuto de Roma, em seu art. 20, §3º, que prevê a impossibilidade de julgamento pelo TPI de pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal, salvo se neste houver tido objetivo de subtrair o acusado da jurisdição do Tribunal ou conduzido fora dos parâmetros mínimos exigidos de independência e imparcialidade ou ainda de maneira que se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da Justiça.

Não se pode alegar incompatibilidade deste dispositivo com a previsão constitucional de respeito à coisa julgada, pois o próprio ordenamento interno do país admite mitigações ao comando constitucional, inexistindo motivo jurídico plausível para se negar sua aplicação, por ser medida que está em sintonia com a Lei Maior.

5.4

Possibilidade de aplicação da pena de prisão perpétua

Já, no que concerne à pena de prisão perpétua, o Estatuto de Roma expressamente a autoriza “se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem” conforme pode-se encontrar no art. 77, §1º, “b”.

Entretanto, o Brasil veda esta prática, conforme art. 5º, LXVII da CF/88³, sendo o período de recolhimento ao cárcere limitado a 30 anos, conforme art. 75

³Art. 5º.....

XLVII - não haverá penas:

(...)

b) de caráter perpétuo;

do Código Penal⁴. Em revisão ao posicionamento anteriormente adotado, tendo em vista o julgamento da Extradicação 855⁵, o STF passou a exigir que em caso de extradição o Estado solicitante assumia o compromisso de substituir eventual pena de prisão perpétua por pena não superior a 30 anos, como condição para seu deferimento.

Inicialmente, exigia-se este comprometimento, posteriormente entendido como desnecessário e novamente tido como imprescindível para que fosse autorizada a extradição, sendo esta a posição que por ora prevalece, pelo fato de o processo ter sido julgado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal.

Mesmo o STF tendo sedimentando entendimento neste sentido, não se inviabiliza a entrega de pessoa à jurisdição do TPI, mesmo que haja possibilidade das penas extrapolarem o limite de 30 anos estipulado pelo ordenamento interno do país, por razões deveras semelhantes àquelas vistas no tópico referente ao instituto da extradição.

Não se trataria de cumprimento de pena em Estado estrangeiro, e sim perante organismo jurisdicional internacional por cuja adesão o Brasil manifestou-se e obrigou-se, sem reservas, a cumprir com seus dispositivos.

Ademais, não seria a pena cumprida em território pátrio o que estaria em desacordo com a CF/88, e sim em Estado indicado pelo TPI, conforme art. 103 e seguintes do Estatuto, o qual seria competente apenas na execução daquela, submetendo-se a controle por parte do Tribunal, não podendo de forma alguma exercer qualquer tipo de ingerência, com vistas à redução, ampliação ou alteração da penalidade originariamente imposta.

Assim, conclui-se pela compatibilidade desta modalidade de pena e prazo com o ordenamento pátrio, sendo o conflito verificado em uma análise inicial apenas aparente.

⁴ O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos.

⁵ Ext. 855, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 26-8-2004, Plenário, DJ de 1º-7-2005.

5.5

O STJ no processo de homologação de sentenças estrangeiras

Em razão da alteração promovida pela EC 45/2004, houve deslocamento de competência do Supremo Tribunal Federal para o Superior Tribunal de Justiça no que concerne à homologação de sentenças estrangeiras, conforme art. 105, I, “i” da Constituição Federal de 1988.

Coube no Brasil, segundo Portela (2010, p.565), ao Poder Judiciário decidir se uma sentença estrangeira poderá surtir efeitos em seu território, verificando se a decisão judicial encontra-se compatibilizada com os princípios básicos do ordenamento brasileiro, sem adentrar em seu mérito (chamado de método da delibação), exceto se houver afronta à ordem pública, soberania nacional e bons costumes, de acordo com o STJ. (Corte Especial, 2053/DE. Relator: Castro Meira, Brasília, DF, 19-12-07, DJ de 21-02-08, p. 30)

Para os Estados soberanos, não remanescem dúvidas quanto à competência do Judiciário brasileiro de apreciar as decisões judiciais proferidas por aqueles, permitindo-se que os provimentos jurisdicionais estrangeiros surtam com seus efeitos no Brasil.

Mas, e o caminho a ser percorrido quando se depara com uma decisão proferida por órgão jurisdicional internacional? Defende-se a ideia de desnecessidade de homologação de sentenças proferidas por órgãos dessa natureza, incluído o TPI, em razão de não se tratar da aplicação do Direito interno de um Estado soberano em território brasileiro, e sim da aplicação de normas de Direito Internacional, as quais foram amplamente debatidas pelos Estados que participaram das rodadas de negociação ou incorporadas em momento posterior.

Mas qual a aceção que deve ser dada à expressão “sentenças estrangeiras”? Segundo Mazzuoli (2005b, p.81),

As sentenças proferidas por ‘tribunais internacionais’ serão sentenças internacionais na mesma proporção que as sentenças proferidas por ‘tribunais estrangeiros’ serão sentenças estrangeiras, não se confundindo umas com as outras. Sentenças internacionais são atos judiciais emanados de organismos judiciários internacionais de cuja formação o Estado participou com o produto de sua vontade [...].

Assim, claro está que se trata de atos com natureza jurídica diversa, não havendo razão para aplicar o mesmo dispositivo constitucional a ambos os institutos, cada qual merecendo tratamento distinto conforme sua espécie.

De outro giro, exigir a interveniência do Judiciário local sempre que houver uma decisão de tribunal com alcance internacional seria o caso, em um primeiro momento, de comprometer a eficácia do Direito Internacional Público, e num segundo momento, negar sua aplicabilidade.

Portela (2010, p.574), de forma bastante didática, salienta que

[...] exigir a homologação de sentença de tribunais internacionais é impor um novo gravame à eficácia do Direito das Gentes, condicionando-a a uma etapa adicional de confirmação do consentimento estatal e limitando ainda mais a capacidade de ação dos organismos internacionais.

O ordenamento interno sinaliza a intenção de definitivamente solucionar esta celeuma. Conforme se verá adiante, está em trâmite projeto de lei que visa compatibilizar o Estatuto de Roma com o ordenamento interno. Trata-se do Projeto de Lei 4.038/2008, que prevê em seu artigo 99 que a cooperação com o Tribunal Penal Internacional independe de homologação ou *exequatur*, compreendendo atos de prisão preventiva e entrega de pessoa, prisão preventiva antecipada e outras formas de limitação de liberdade, além de outras formas de cooperação previstas em extenso rol no inciso III.

Quanto à prisão, conforme artigo 108 da proposição legislativa retromencionada, a análise do STF será apenas se o pedido foi feito por escrito e com a totalidade dos documentos obrigatórios, emitindo-se logo após o competente mandado de prisão para que possa ser cumprido em território brasileiro. Não será caso de aplicabilidade direta e instantânea de decisão do TPI, mas também impede-se a emissão de juízo de valor com relação ao conteúdo da decisão, residindo apenas análise dos aspectos materiais relativos à prisão.

Com a aprovação desse projeto e consequente conversão em lei, vários dos problemas serão definitivamente resolvidos, possibilitando a aplicação integral do Estatuto de Roma no Brasil.

5.6

Necessidade de regulamentação

Por meio da Mensagem nº. 700, de 17 de setembro de 2008, a Presidência da República enviou para apreciação do Congresso Nacional o projeto de lei que “Dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional, e dá outras providências”, deflagrando-se assim o processo legislativo com vistas a dar plena execução ao texto do Estatuto de Roma no Brasil.

Quanto aos delitos nele capitulados, tem-se que apenas o crime de genocídio é tipificado pela legislação pátria, disciplinado na Lei nº. 2.889, de 1º de outubro de 1956. Assim, as demais condutas criminosas elencadas no Estatuto não podem, até sanção do projeto e consequente vigência e eficácia, ser objeto de persecução penal no Brasil, em observância ao princípio da legalidade.

A sociedade internacional caminhou de forma mais avançada que o ordenamento interno, protegendo bens jurídicos relevantes, de acordo com a lenta e gradual evolução verificada até que se chegasse a um consenso sobre o TPI.

Como foi visto, de acordo com o princípio da complementaridade, o Tribunal é chamado a atuar em caso de ineficiência do Estado, constituindo óbice o processo e julgamento de conduta que nem crime é considerado no ordenamento interno, não se podendo aplicar o texto do Estatuto de forma direta em país algum.

Choukr (2005, p.76), ao alertar para a necessidade de se instituir legislação que verse sobre o tema, afirma que:

O Estado brasileiro apresenta-se como competente originário para o julgamento dos crimes estabelecidos no Estatuto de Roma e, diante da ausência de inúmeros tipos penais lá previstos, houve por bem cogitar sua criação. Isto, em tese, diminuiria as chances de ver a jurisdição internacional atuando contra nacionais brasileiros, por exemplo, nos casos previstos no Estatuto.

Foi instituído Grupo de Trabalho pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência, o qual, conforme razões inclusas à Mensagem nº. 700, assinada por

Paulo Vannuchi, Tarso Genro, Celso Amorim e José Antonio Dias Toffoli, ficou responsável pela elaboração de projeto de lei que

[...] tem como propósito possibilitar o exercício da jurisdição primária brasileira e viabilizar a cooperação com o Tribunal Penal Internacional. Assegura-se, assim, que, em nenhuma hipótese, uma pessoa ou um crime internacional sujeito à jurisdição penal brasileira renda ensejo à atuação da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, pois se dota o país dos instrumentos jurídicos necessários ao cumprimento de suas obrigações internacionais. (BRASIL, 2008)

Assim, com sua futura conversão em lei, o projeto possibilitará que o Brasil exerça primariamente sua jurisdição em caso da prática dos crimes elencados, dando azo à atuação do TPI apenas nas excepcionais hipóteses previstas.

Denota-se que o crime de agressão não foi contemplado no projeto, e outra não seria a saída, em razão de, conforme visto, o Estatuto relegar para um momento posterior sua tipificação, amadurecendo ainda as situações em que poderá ensejar a atuação do TPI.

Pela sistemática do projeto, há institutos da parte geral do Direito Penal, tipificação de crimes e penas, formas de cooperação e disposições finais, onde se alteram algumas legislações internas.

Conforme assevera Trindade *apud* Piovesan (2011, p.95), “o futuro da proteção internacional dos Direitos Humanos depende em grande parte da adoção e do aperfeiçoamento das medidas nacionais de implementação”.

Infelizmente a tramitação do projeto encontra-se paralisada, ainda que se dê em regime de urgência, devendo-se aguardar seu regular trâmite para que, em um futuro próximo, o Brasil possa implementar esse mecanismo de cooperação internacional e proteção dos Direitos Humanos.