

# CONFLITO APARENTE ENTRE O ESTATUTO DE ROMA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

---

*Emerson Penha Malheiro\**

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional; 3. Pena de prisão perpétua; 4. Homologação de sentença pelo Superior Tribunal de Justiça; 5. Imunidades e foro por prerrogativa de função; 6. Imprescritibilidade de crimes; 7. Problemas; 8. Bibliografia.

## 1. Introdução

O Brasil teve uma atuação intensa na Conferência de Roma ocorrida entre 15 de junho e 17 de julho de 1998 e foi um dos 120 votos a favor do Estatuto de Roma.

No entanto, o Brasil só assinou o tratado em 07 de fevereiro de 2000, tendo sido depositado o instrumento de ratificação em 20 de junho de 2002. O então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso promulgou o Estatuto de Roma, por força do Decreto n.º 4.388, de 25 de setembro de 2002.

Houve a indicação da magistrada federal, atuante na área de Direitos Humanos, Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, de 50 anos, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, para atuar como juíza do Tribunal Penal Internacional. Ela acabou sendo escolhida em 04 de fevereiro de 2003. Os 85 países então signatários do Estatuto de Roma participam da escolha dos 18 magistrados que hoje compõem a corte. Foram 43 candidatos concorrendo às 18 vagas do Tribunal, das quais 03 vagas estavam destinadas à América Latina. As outras duas foram ocupadas por Elizabeth Benito, da Costa Rica (vice-presidente) e René Blattmann, da Bolívia.

Os juízes do Tribunal Penal Internacional tomaram posse em 11 de março, em Haia, na Holanda, onde a corte foi instalada.

---

\* Graduado em Marketing pela Universidade Paulista (1996). Graduado em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – *UniFMU* (2002). Especialista em Direito Penal pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – *UniFMU* (2004). Mestre em Direito pela Universidade Metropolitana de Santos – UNIMES (2007). Foi Coordenador Assistente do Curso de Direito no Núcleo de Prática Jurídica do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – *UniFMU* (2004). É professor titular de Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado na Universidade Metodista de São Paulo – UMESp e professor titular de Direito Penal, Prática Jurídica Penal, Direito Internacional Público, Direito Internacional Privado e Direitos Humanos no Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – *UniFMU*. Advogado em São Paulo.

Além disso, é importante salientar que a Emenda Constitucional n.º 45 inseriu o parágrafo 4.º no artigo 5.º da Constituição Federal brasileira, que prevê a submissão do Brasil “à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

Lembrando que o Estatuto de Roma não permite reservas, é necessário analisar alguns de seus dispositivos em contraposição à Constituição Federal brasileira, pois subsistem algumas dúvidas acerca da compatibilidade entre os diplomas.

## 2. Entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional

O artigo 89, (1) do Estatuto de Roma prevê a hipótese de detenção e entrega de pessoa ao Tribunal Penal Internacional.

Por outro lado, o art. 5.º da Constituição Federal brasileira, nos seus incisos LI e LII, proíbe a extradição passiva de brasileiro nato, possibilitando a do naturalizado, em casos específicos, e do estrangeiro:

*“Artigo 5.º [...]*

*[...]*

*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;*

*LII – não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião”.*

“A extradição é um processo de natureza constitutiva que forma o título pelo qual o Presidente da República está legitimado, mas não obrigado a entregar o requisitado ao país requisitante”<sup>1</sup> *para que lá responda a processo penal ou cumpra pena.*

Extradição passiva, objeto da presente análise, é aquela que se requer ao Brasil a entrega de refugiado, acusado ou criminoso, por parte dos Estados soberanos. Há também a extradição ativa, que é a requerida pelo Brasil a outros Estados soberanos.

Para que a extradição tenha legitimidade, é fundamental a existência de um tratado ou ao menos um compromisso de reciprocidade entre o Brasil e o Estado requisitante.

O ato da entrega, mencionado pelo Estatuto de Roma é diferente da extradição, pois aquele se procede entre Tribunal Internacional e Estado soberano.

---

<sup>1</sup> Ricardo Cunha Chimenti. *Apostamentos de direito constitucional*, p. 317.

Observe-se que a extradição se regula pelas leis internas e que o pedido se procede entre Estados, de forma horizontal, sendo que cada um se reserva ao exercício da sua jurisdição nos seus respectivos territórios.

Ademais, enquanto na extradição o indivíduo será julgado pelo tribunal de outro Estado, do qual o Brasil não participou da formação; na entrega, a pessoa será julgada pelo Tribunal Penal Internacional, que contou com a participação brasileira na sua construção jurídica.

Entrega é, como se pode verificar, diferente de extradição, conforme aduz o artigo 102 do Estatuto de Roma:

*“Artigo 102*

*Para os fins do presente Estatuto:*

*a) Por ‘entrega’ entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal nos termos do presente Estatuto;*

*b) Por ‘extradição’, entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno”.*

*“Portanto, a entrega de nacionais do Estado ao Tribunal Penal Internacional, estabelecida pelo Estatuto de Roma, não fere o direito individual da não-extradição de nacionais (...)”<sup>2</sup>.*

### **3. Pena de prisão perpétua**

O artigo 77, (1), alínea “b” do Estatuto de Roma prevê a hipótese excepcional de prisão perpétua, “se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem”.

Por outro lado, o art. 5.º da Constituição Federal brasileira, no seu inciso XLVII, alínea “b” veda expressamente a pena de prisão perpétua.

Inicialmente, é de se ressaltar que o Estatuto de Roma não cominou um preceito secundário para cada um dos tipos penais previstos. Na Conferência Diplomática houve grande divergência para o estabelecimento das penas, motivo pelo qual elas foram determinadas de forma geral, expurgando-se a pena de morte (o que, aliás, já foi uma característica dos Tribunais para a Antiga Iugoslávia e para Ruanda), mas permitindo a pena privativa de liberdade de caráter perpétuo.

---

<sup>2</sup> Valério de Oliveira Mazzuoli. *Tribunal penal internacional e o direito brasileiro*, p. 69.

*“Uma minoria significativa de delegações, particularmente das Américas do Sul e Central, como também da Europa Meridional, objetou quanto à inclusão da prisão perpétua argumentando com sua respectiva Constituição interna”*<sup>3</sup>.

No que se refere ao Brasil, não há de se falar em conflito porque a proibição insculpida no dispositivo da Constituição Federal brasileira dirige-se ao direito interno, não podendo atingir outra jurisdição, seja ela estrangeira ou internacional. Ademais, é de bom alvitre lembrar que a pena de prisão perpétua cominada no caso concreto pelo Tribunal Penal Internacional será objeto de revisão após 25 (vinte e cinco) anos do seu cumprimento e, se mantida, voltará a ser examinada posteriormente, em periodicidade prevista nas regras de Procedimento e Prova.

Há também posicionamento no sentido de que se a Constituição Federal brasileira admite, em caso de guerra declarada, a pena de morte, que é mais grave que a perpétua, esta seria plenamente admissível nos casos de crimes contra a humanidade, genocídio, crimes de guerra e crimes de agressão, pois quem pode o mais, pode o menos<sup>4</sup>.

#### **4. Homologação de sentença pelo Superior Tribunal de Justiça**

Em virtude da Emenda Constitucional n.º 45, de 08 de dezembro de 2004, o artigo 105, inciso I, alínea “i” da Constituição Federal brasileira estabelece que é da competência do Superior Tribunal de Justiça a homologação de sentenças estrangeiras.

Sentença estrangeira é aquela proveniente de outro Estado, que exerce jurisdição apenas no seu próprio território.

A homologação de sentença estrangeira visa estender a eficácia da decisão proferida no território onde é realizado tal procedimento, para que os interessados não tenham que iniciar nova ação judicial.

Ocorre que sentença estrangeira é diferente de sentença internacional. A sua natureza jurídica é diversa. Enquanto aquela é prolatada no âmbito dos Estados, esta o é na dimensão dos tribunais internacionais.

Conforme preleciona o Procurador da República ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS,

*“(...) sendo o Tribunal Penal Internacional uma organização internacional com personalidade jurídica de direito internacional, sua decisão tem a nature-*

---

<sup>3</sup> Claus Krieb. *Penas, execução e cooperação no Estatuto para o Tribunal Penal Internacional* In: Kai Ambos; Fauzi Hassan Choukr (orgs.). *Tribunal penal internacional*, p. 128.

<sup>4</sup> Posicionamento exposto por João Marcello de Araújo Júnior no ‘Segundo Encontro de Direito Penal e Processo Penal da Universidade do Grande Rio’ cf. Carlos Eduardo Adriano Japiassú. *Possibilidades e desafios de adequação do Estatuto de Roma à Ordem Constitucional Brasileira* In: Kai Ambos; Carlos Eduardo Adriano Japiassú. *Tribunal penal internacional: possibilidades e desafios* (orgs.), p. 220.

*za jurídica de decisão de uma organização internacional. A decisão de uma organização internacional não encontra identidade em uma sentença judicial oriunda de um Estado estrangeiro”<sup>5</sup>.*

É de se lembrar que um tribunal internacional exerce jurisdição sobre um Estado, conforme seu consentimento manifestado no instrumento de sua criação. Assim sendo, é de se concluir, nesse aspecto, que o Superior Tribunal de Justiça não tem competência para a homologação de sentenças internacionais, seja do Tribunal Penal Internacional, da Corte Internacional de Justiça ou de qualquer outro tribunal internacional.

## **5. Imunidades e foro por prerrogativa de função**

O artigo 27 do Estatuto de Roma estabelece que ele será aplicado a todas as pessoas de maneira igual, sem quaisquer distinções baseadas em sua função oficial, o que significa dizer que ela não afastará o indivíduo da responsabilidade penal e nem tampouco será razão para diminuição da sua pena.

As imunidades ou normas especiais de procedimento vinculadas à função oficial da pessoa, fundamentadas em seu direito interno não impedirão a ação do Tribunal Penal Internacional.

A Constituição Federal brasileira prevê imunidades e foro por prerrogativa de função, que se dirigem à ordem interna e não internacional.

Se o Brasil desejar manter tais prerrogativas, deve julgar o caso, pois em face do princípio da complementaridade, nessa hipótese, o Tribunal Penal Internacional não atuará.

## **6. Imprescritibilidade de crimes**

O artigo 29 do Estatuto de Roma aduz que os delitos sob a jurisdição do Tribunal Penal Internacional são imprescritíveis.

A Carta de Outubro nacional estabelece a imprescritibilidade para a prática de racismo (artigo 5.º, inciso XLII) e para a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático (artigo 5.º, inciso XLIV). Já na seara infraconstitucional, o Código Penal brasileiro transmite regras para que se opere a prescrição.

A ausência de previsão da imprescritibilidade do genocídio, dos crimes de guerra, de lesa-humanidade ou de agressão no direito interno não impede a sua providência por tratado internacional, mesmo porque o rol da Constituição Federal não é taxativo, podendo ser ampliado.

---

<sup>5</sup> O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição brasileira In: Kai Ambos; Fauzi Hassan Choukr (orgs.). *Tribunal penal internacional*, p. 282-283.

Deve-se lembrar que o Tribunal Penal Internacional não investigará e/ou julgará delitos ocorridos antes da entrada em vigor do Estatuto de Roma. Mas se os crimes foram cometidos após 1.º de julho de 2002, serão objeto de análise pela corte, "(...) *independentemente do número de anos decorridos entre a perpetração do crime e a acusação judicial*"<sup>6</sup>.

## 7. Problemas

China, Estados Unidos e Israel, grandes atores no cenário internacional não são sequer signatários do Tribunal Penal Internacional, o que pode transmitir uma imagem de que a Corte possui legitimidade limitada. No entanto, isso não corresponde com a realidade.

A corte possui atuação ativa, mesmo sem a presença desses Estados. À guisa de exemplificação, é importante ressaltar que está sob análise do Tribunal o caso de Thomas Lubanga, líder da milícia conhecida como União dos Patriotas Congolezes. Ele foi a primeira pessoa a ser presa sob um mandado do Tribunal Penal Internacional e enfrenta acusações de usar crianças como soldados. O seu deverá ser o primeiro julgamento da corte.

Há também o caso de Joseph Kony, líder do Exército de Resistência do Senhor em Uganda, que ainda está foragido. Ele é acusado por crimes contra a humanidade, incluindo assassinatos, estupro e escravidão.

Em 31 de março de 2005, o Conselho de Segurança das Nações Unidas adotou a Resolução 1593, remetendo a situação em Darfur, Sudão, à fiscalização do Tribunal Penal Internacional.

Em 06 de junho de 2005 foram abertas formalmente as investigações, que em novembro de 2006 ainda estavam em curso, dos graves crimes internacionais perpetrados em Darfur.

Se o Tribunal Penal Internacional obtiver sucesso nesses casos, estará no caminho certo para mostrar que tem importância. A corte já alega ter influência, por exemplo, sobre o Exército colombiano, pois ele considera a atuação do TPI ao planejar operações contra a guerrilha<sup>7</sup>.

Ocorre que os Estados Unidos estão realizando tratados bilaterais com diversos Estados soberanos, para que eles não entreguem estadunidenses ao Tribunal Penal Internacional.

É certo que a corte só julga indivíduos que pertencem a Estados que fazem parte do Tribunal. Porém, é de se lembrar que também poderá julgar pessoas indicadas pelo Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, sejam elas pertencentes a Estados-membros, ou não. É igualmente certo que os Estados Unidos fazem parte do Conselho Permanente de Segurança, juntamente com a China, Rússia, Reino Unido da Grã-Bretanha e França e, assim como

<sup>6</sup> David Augusto Fernandes. *Tribunal penal internacional: a concretização de um sonho*, p. 319.

<sup>7</sup> Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/bbc/ult272u58375.shtml>> Acesso em 19 de novembro de 2006.

eles, têm poder de veto. No entanto, discute-se, no final do mandato do Secretário-Geral da ONU, Kofi Annan, uma mudança nas regras Conselho de Segurança. Assim, talvez precavendo-se de eventuais alterações, os Estados Unidos encontram solução nos tratados bilaterais.

Os Estados Unidos também aprovaram no direito interno uma norma denominada “American Service Members Protection Act”, que se constitui numa proibição de qualquer espécie colaboração com o Tribunal Penal Internacional e institui o uso da força para resgatar um cidadão americano sob custódia.

Na verdade, a intenção dos Estados Unidos é desconstruir o Tribunal Penal Internacional como uma jurisdição criminal universal.

Os Estados Unidos encontram no Estatuto de Roma uma ameaça à sua soberania interna, mas para Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, juíza brasileira no Tribunal Penal Internacional, atualmente os tribunais *ad hoc* são uma ameaça ainda maior, pois tem superioridade sobre a jurisdição estatal, enquanto que o TPI tem somente caráter complementar<sup>8</sup>.

Outro problema, esse indiretamente enfrentado pelo Tribunal Penal Internacional, refere-se ao julgamento de Saddam Hussein al-Majid al-Tikrit (Presidente do Iraque no período de 1979 a 2003, acumulando o cargo de Primeiro Ministro nos períodos de 1979 a 1991 e de 1994 a 2003), 69 anos, pelo genocídio de 148 civis xiitas muçulmanos, na localidade de Duhail, em 1982 e mais de 180.000 (cento e oitenta mil) curdos no seu território, em 1987-1988, com a utilização de gás venenoso<sup>9</sup>. Imagina-se, equivocadamente, que ele foi julgado pela corte, quando, na realidade, o julgamento foi uma atribuição do Tribunal Superior do Iraque. As atrocidades cometidas pelo iraquiano não poderiam ser analisadas pelo Tribunal Penal Internacional, pois ocorreram antes da sua instituição. Ademais, o Iraque não é signatário do Estatuto de Roma.

## 8. Bibliografia

AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan (orgs.). *Tribunal penal internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

AMBOS, Kai; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (orgs.). *Tribunal penal internacional: possibilidades e desafios*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, volume 1*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille. *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*. Trad. de Silvio Antunha. São Paulo: Manole, 2004.

<sup>8</sup> Disponível em: <<http://www.terra.com.br/istoe/1772/1772vermelhas.htm>> Acesso em 19 de novembro de 2006.

<sup>9</sup> Disponível em: <<http://www.nytimes.com/aponline/world/AP-Saddam-Trial.html>> Acesso em 20 de novembro de 2006.

COSTA, Tailson Pires. *Dignidade da pessoa humana diante da sanção penal*. São Paulo: Fiúza, 2004.

FERNANDES, David Augusto. *Tribunal penal internacional: a concretização de um sonho*. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Joanisval Brito. *Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional*. 2. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2004.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O tribunal penal internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

MAIA, Marrielle. *Tribunal penal internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tribunal penal internacional e o direito brasileiro*. São Paulo: Premier Máxima, 2005.

MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1.º a 5.º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 15. ed. rev. e atual. por Paulo Borba Casella e colaboradores. São Paulo: Saraiva, 2002.