

Internacionalização do Direito Penal: Constituição brasileira e Estatuto de Roma: algumas possíveis antinomias.

Jodascil Gonçalves Lopes¹

Resumo

O presente trabalho parte da perspectiva de um Direito Penal Internacional, como instrumento de concretização dos Direitos Humanos no cenário global. O Tribunal Penal Internacional Permanente é a principal instituição nesta empreitada e seu *mister* é promover a justiça nos julgamentos internacionais, historicamente descobertos de garantias de todas as naturezas aos submetidos ao seu crivo, em flagrante desrespeitos aos princípios de direito penal mais básicos. Ocorre que o Estatuto de Roma, tratado internacional de Direitos Humanos ratificado pelo Brasil em 2002 e constitucionalizado em 2004, nada obstante ao enorme avanço que proporciona ao Direito Penal Internacional e aos Direitos Humanos, traz consigo normas que aparentemente entram em colisão com direitos consagrados na Carta Magna do Estado brasileiro. Propomos-nos justamente a analisar algumas destas possíveis antinomias. Analisaremos 4 (quatro) possíveis antinomias, são elas: Extradução e Entrega, o Brasil pode entregar seus nacionais a jurisdição do Tribunal penal Internacional?; a segunda diz respeito a desconstituição da coisa julgada material interna pela decisão do Tribunal, há afronta da norma estatutária á norma interna?; Terceiro, os crimes de competência do Tribunal Penal Internacional não estão sujeitos à prescrição, em reflexo, há ampliação do rol de crimes imprescritíveis em nosso Estado? O rol dos imprescritíveis constantes a constituição, é um rol taxativo? E, a adoção da pena de prisão perpetua entra em colisão com a vedação constitucional pátria a toda pena de caráter perpétuo?.

Palavras Chaves: Internacionalização do Direito Penal; Tribunal Penal Internacional; Antinomias Estatuto de Roma e Constituição brasileira.

Internacionalización del Derecho Penal: Constitución brasileña y el Estatuto de Roma: algunas antinomias posibles.

Resumen

Este trabajo comienza a partir de la perspectiva de un Derecho Penal Internacional, como instrumento de aplicación de los derechos humanos en el escenario global. El Tribunal Penal Internacional Permanente es la institución principal en este esfuerzo de promover la justicia nos juicios internacionales, históricamente descubiertos de garantías de todas las naturalezas a los sometidos a su crivo, en flagrante falta de respeto a los principios más básicos del derecho penal. Sucede que el Estatuto de Roma, tratado internacional de derechos humanos, ratificado por Brasil en 2002 y

¹ Mestrando em Direitos da Personalidade. Pós-graduando em Direito Constitucional Aplicado; Pós-graduando em Direito Penal e Processo Penal; Graduado em Direito pela Universal Católica Dom Bosco; Docente do Instituto Ícone de Ensino Jurídico

constitucionalizado en 2004, no obstante al enorme progreso que ofrece el Derecho Internacional Penal y los Derechos Humanos, trae en sí, normas que aparentemente colisionan con los derechos consagrados en Carta Magna del Estado brasileño. Proponemos justamente analizar cuatro (4) de estas posibles antinomias, que son: La extradición y la entrega, el Brasil puede ofrecer su jurisdicción nacional a la Corte Penal Internacional?; la segunda se refiere a la desconstitución de la cosa juzgada material interna por la decisión de la Corte, ¿habrá afronta del patrón estatuario al patrón interno? En tercer lugar, los crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional no están sujetos a prescripción, al reverso, ¿hay expansión de la lista de delitos imprescriptibles en nuestro estado? La lista de imprescriptible constantes a la constitución, ¿es una lista exhaustiva? Y ¿la adopción de la cadena perpetua choca con el sello constitucional patria a toda pena de carácter perpetuo?

Palabras clave: Derecho Penal Internacional; Corte Penal Internacional; Antinomias Estatuto de Roma y la Constitución brasileña.

INTRODUÇÃO

Talvez as antinomias de normas sejam quase tão antigas quanto as próprias normas, seria impossível identificar qual a primeira antinomia. Pode-se imaginar no entanto, que assim que surgiram duas normas válidas para um mesmo povo, tratando de um mesmo assunto, num mesmo período, surgiram também as antinomias.

Estas antinomias podem ser basicamente constituídas de normas internas entre si, de normas internacionais entre si e entre normas internacionais e normas internas. E dentre as citadas, é sobre as ultimas que se assenta o presente trabalho. Precisamente entre as normas penais, decorrentes do Estatuto de Roma, e as normas insculpidas na Constituição Federal do Brasil de 1988 que tangem ao Direito Penal Constitucional.

O Estatuto de Roma é um importante tratado internacional de direitos humanos, ratificado pelo Brasil pelo decreto 4.388 de 25 de setembro de 2002 e constitucionalizado pela emenda constitucional 45, de 2004, que institui o primeiro Tribunal Penal Internacional Permanente.

Antes de sua criação outros tribunais internacionais o precederam, tais como Tribunal de Nuremberg, Tribunal do Pacífico, Tribunal Penal Internacional para a Iugoslávia e o Tribunal Penal para Ruanda. Entretanto todos estes foram concebidos como tribunais *ad hoc*, criados após algum conflito e para julgar os crimes cometidos no conflito específico, com

flagrantes violações aos direitos humanos e a institutos de direito penal, colacionamos alguns pontos levantados pelo professor Celso de Mello:

- a) violação do princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*;
- b) ser um verdadeiro tribunal de exceção constituído apenas pelos vencedores;
- c) a responsabilidade no Direito Internacional é apenas do Estado e não atinge o indivíduo;
- d) que os Aliados também tinham cometido crimes de guerra;
- e) os atos praticados pelos alemães eram atos ilícitos, mas não criminosos (MELLO, 1997, p.440).

Diante da grande afronta aos Direitos Humanos capitaneados por este tipo de tribunal em 1994, Trinidad y Tobago propôs á Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas a criação de um Tribunal Penal Internacional de caráter permanente.

A partir daí um complexo processo foi desencadeado para a criação do até então hipotético tribunal permanente. O professor Sidney Guerra, em seu livro *Direito Internacional Público*, faz um breve relato de como se deu tal processo, veja-se:

Em 1995 a Assembleia Geral das Nações Unidas estabeleceu um Comitê Preparatório do Anteprojeto do Estatuto para um Tribunal Penal Internacional Permanente, adotado pela Comissão de Direito Internacional em 1994.

O Comitê Preparatório, aberto a todos os membros das Nações Unidas, bem como aos membros das agências especializadas, foi incumbido, na 50ª sessão, de preparar um texto consolidado de uma convenção internacional, que pudesse ser largamente aceita, para a criação de um Tribunal Penal Internacional.

Esse texto deveria ser levado à consideração de uma Conferência de Plenipotenciários. Essa Conferência Diplomática se deu em Roma, de 15 a 17 de julho de 1998 quando foi aprovado o Estatuto que constituiu o Tribunal Penal Internacional. (GUERRA, 2013, p.184).

Assim, com o escopo de proteger os Direitos Humanos e proporcionar um julgamento mais justo aos levados a crivo de um tribunal internacional, com legislação anterior, devido e com o mínimo de parcialidade possível é que surgiu o primeiro Tribunal Penal Internacional de caráter permanente.

Acontece que algumas normas instituídas pelo Estatuto de Roma, documento internacional que da origem e regula a atuação do tribunal permanente, aparentemente vem de encontro com normas presentes na Carta Magna do Estado brasileiro, revelando possíveis antinomias entre as duas ordens. Tais como a adoção de pena de prisão perpétua, a quebra da coisa julgada do ordenamento interno, a entrega de nacional à jurisdição do tribunal e a imprescritibilidade de crimes para além daqueles previstos em nossa Constituição.

Caso houvesse a possibilidade de elencar cláusulas no Estatuto de Roma que o Estado Parte não fosse obrigado a cumprir, através da adoção de reservas, instituto jurídico de direito internacional previsto na Convenção de Viena Sobre Direitos dos Tratados de 1969, ratificado pelo Estado brasileiro, através do decreto 7.030 de 14 de dezembro de 2009, tais conflitos – na possibilidade deles de fato existirem - poderiam ser facilmente evitados pela mera formulação de reservas às normas conflitantes, mas não é este o caso.

A Convenção mencionada, nos incisos do dispositivo que prevê a possibilidade de formulação de reservas, artigo 19, elenca as possibilidades em que não será possível a sua formulação, transcrevemos:

Artigo 19 Formulação de Reservas

Um Estado pode, ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, formular uma reserva, a não ser que:

- a) a reserva seja proibida pelo tratado;
 - b) o tratado disponha que só possam ser formuladas determinadas reservas, entre as quais não figure a reserva em questão; ou
 - c) nos casos não previstos nas alíneas a e b, a reserva seja incompatível com o objeto e a finalidade do tratado.
- (CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE DIREITOS DOS TRATADOS, Ratificado pelo Decreto 7.030 de dezembro de 2009).

No caso em tela, por força justamente do primeiro inciso do dispositivo citado acima, não é possível adoção de reservas ao texto do Estatuto. É o que diz o artigo 120 do mesmo, “Não são admitidas reservas a este Estatuto” (ESTATUTO DE ROMA. Ratificado pelo decreto 4.388 de 25 de setembro de 2002).

O que nós leva a aceitação total ou negação completa do texto deste tratado, explica o professor Ricardo de Souza Pereira

Com essa disposição, ou se aceita o Estatuto de Roma na íntegra, ou não se aceita, sendo vedada a sua adoção parcial, caso se vislumbre qualquer incompatibilidade com a Constituição Federal e, como já mencionada a posição do STF quanto ao tema tratado sobre direitos humanos, essa mera incompatibilidade geraria a saída do Brasil como um todo, deste Tribunal. (PEREIRA, no prelo, p.144).

Outro meio de esquivar-se das antinomias, poderia ser a denúncia parcial do tratado, no que for incompatível com o ordenamento interno do Estado, entretanto, a melhor doutrina entende que por coerência óbvia, tratados que não aceitam formulação de reservas, também não admitem a denuncia parcial, sobre o tema trazemos a lição de Francisco Rezek:

Questiona-se a possibilidade jurídica da denúncia parcial, ou seja, da rejeição superveniente de alguns dispositivos convencionais, sem quebra do vínculo. O assunto não é estranho à Convenção de Viena, que dele cuidou, porém de modo pouco satisfatório. É fundamental que se indague, primeiro, se os dispositivos visados pelo intento da denúncia parcial poderiam ser objeto de reservas – já que negativa a resposta, não há como cogitar semelhante denúncia (REZEK, 2010, p. 109).

Ainda sobre a denúncia das cláusulas “inconvenientes” do Estatuto de Roma por parte do Estado brasileiro, trazemos a lição de Jorge Miranda:

A principal linha de força do actual Direito dos Tratados no domínio da validade e da invalidade, é a salvaguarda, tanto quando possível, da subsistência dos tratados”

(...)

d) Um Estado não pode alegar uma causa de nulidade de um tratado (ou um motivo para lhe pôr fim ou para dele deixar de ser parte ou para suspender a sua aplicação) quando, depois de haver tomado conhecimento dos factos, esse Estado tiver aceitado expressamente considerar que o tratado era válido ou quando, em razão do seu comportamento, dever considerar-se como tendo aceitado a validade do tratado (MIRANDA, , p.90-91).

De modo que as possíveis antinomias entre estes dois diplomas normativos na senda de sustentar um direito penal supranacional são

merecedores de estudo e análise, pois as conclusões acerca de sua existência implicam na necessidade de tomada de postura do Estado brasileiro, pois a negligência ao tratamento dispensado à matéria pode levar, entre nós, a vigência de norma inconstitucional e, no campo dos direitos das gentes, o cometimento de um ilícito internacional – no caso de descumprimento injustificado do tratado - por parte de nosso Estado.

ENTREGA E EXTRADIÇÃO

Para que o acusado dos crimes de competência do Tribunal Penal Internacional, sem prejuízo dos demais requisitos como inércia do Estado, onde o crime foi cometido, é necessária a entrega do mesmo ao Tribunal.

Para tanto o Estatuto, no art. 86 a 102, previu que os Estados que se submetem a jurisdição do tribunal devem cooperar com ele, pois somente assim o tribunal conseguira se efetivar, é o que leciona Eloisa de Souza Arruda:

O Estatuto de Roma fixou regime de cooperação entre os Estados-partes e o Tribunal Penal Internacional, fundamental para a viabilidade e o êxito da instituição. Os Estados-partes estão obrigados a cooperar plenamente com o tribunal na investigação e no julgamento dos crimes previstos no Estatuto. Integra esse dever de cooperação a obrigação de prender e entregar acusados ao tribunal. (ARRUDA, 2008, p.213)

Sem tal cooperação se tornaria praticamente inviável a sustentação da Corte Penal Internacional e o cumprimento de seu *mister*.

E foi nesta senda que se previu no Estatuto de Roma, o instituto jurídico da Entrega, em que os Estados Partes estariam obrigadas, quando o Tribunal se deparar com crimes de sua competência, a serem atendidos os demais requisitos para submissão do acusado ao crivo do tribunal, entregando-o ao mesmo para que este possa fazer o julgamento.

Ocorre que a Constituição Federal do Brasil veda a Extradicação de seus nacionais, permitindo apenas em caráter de exceção a Extradicação do nacional que tenha o vínculo pelo meio derivado. É o que se extrai da

inteligência do inciso LI do artigo 5º da Carta Magna, “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” (CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL, 1988).

Tratando-se do mesmo instituto, Entrega e Extradicação, possível não seria que o Brasil entregasse por esse meio o seu nacional ao crivo do Tribunal Penal Internacional.

Entretanto, tais institutos não se confundem. A Entrega é instituto *sui generis* e que apesar da aparente semelhança, como já dissemos, não se confunde com o instituto da Extradicação previsto no ordenamento doméstico. E é o próprio documento que institui o Tribunal Penal Internacional, que delimita a importante diferença entre tais institutos:

Art. 102. Termos Usados 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. (ESTATUTO DE ROMA. Ratificado pelo decreto 4.388 de 25 de setembro de 2002).

Por certo a Extradicação configura-se com a entrega de indivíduo à jurisdição alienígena para que naquela responda a processo penal ou cumpra pena, enquanto a Entrega é o ato de entregar a um tribunal internacional de qual faz parte. Não sendo esta jurisdição por tanto estrangeira, mas uma jurisdição a qual o Estado requerido está afeito, e que já manifestou, no ato da ratificação do Tratado, que o institui o tribunal; conhecer, reconhecer e concordar com a sua jurisdição, sanções e procedimentos, como se seu fosse - como de fato é .

Deste modo, ao nosso juízo temos aqui apenas um conflito aparente de normas, pois os mandamentos internacionais e internos não são antagônicos vez que cuidam de situações diversas.

A COISA JULGADA EM FACE DO TPI

O Tribunal Penal Internacional está fortemente alicerçado no princípio da subsidiariedade de sua atuação, em outros termos, ele atua de maneira a complementar e auxiliar a jurisdição nacional do Estado e não tem, de forma alguma, por escopo, usurpar a competência originária do Estado em julgar quem, em seu território, pratique qualquer tipo de delito.

Portanto, também não é a intenção do tribunal desconstituir a coisa julgada material do Estado signatário, o que confrontaria com o art. 467 do Código de Processo Civil Brasileiro, *in verbis*: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário” (LEI 5.869, de 11 de Janeiro de 1973) que encontra albergue ainda no texto Constitucional que assim preceitua “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 5º XXXVI, 1988).

E é exatamente neste sentido que caminhou a norma estatutária, prestigiando o princípio do *ne bis in idem*, e respeitando a coisa julgada material, conforme *caput* do artigo 20 do documento, que assim diz, “O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal, por atos também punidos pelos artigos 6.º, 7.º ou 8.º, a menos que o processo nesse outro tribunal:” (grifo nosso) (ESTATUTO DE ROMA. Ratificado pelo decreto 4.388 de 25 de setembro de 2002)

Por outro lado o que fez o Estatuto foi dar uma passo mais em direção a realização da justiça e preservação do estado democrático de direito, franqueando a possibilidade de julgamento por parte do Tribunal de material transitada em julgado, quando a coisa julgada for constituída em fraude ou ilegalidade, como podemos extrair a inteligência do § 3º do art. 20:

O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal, por atos também punidos pelos artigos 6.º, 7.º ou 8.º, a menos que o processo nesse outro tribunal:

- a) tenha tido por objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; ou
- b) não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter

a pessoa à ação da justiça. (ESTATUTO DE ROMA. Ratificado pelo decreto 4.388 de 25 de setembro de 2002)

Ainda sobre o tema conclui Ricardo Souza Pereira:

O Tribunal Penal Internacional respeita a coisa julgada, não sendo esse elemento suficiente que implicaria sua inviabilidade de aplicação, pois não há que se falar em vilipêndio à CF/88, nem motivo para se alegar inconstitucionalidade nesse ponto. (PEREIRA, no prelo, p.154)

Assim inexiste, neste ponto, antinomia ou contrariedade entre a norma constitucional brasileira e a norma estatutária da conferência de Roma, mas sim uma complementação entre elas.

IMPRESCRITIBILIDADE

Vislumbrando a espinhosa tarefa que foi incumbida ao Tribunal Penal Internacional, tendo aspecto de subsidiariedade e, em consequência a isto, muitas e muitíssimas das vezes os crimes quando são levados sua jurisdição já encontram-se prescritos ou em vias de prescreverem no ordenamento interno, é que as delegações presentes nos trabalhos da elaboração do texto do Estatuto elevaram ao patamar de imprescritíveis, todos os crimes que fossem de jurisdição do Tribunal nascente.

Alguns autores sustentam que o texto da Convenção, neste sentido, andou na contramão da evolução do direito penal, que levou séculos para criar o instituto da prescrição, com fulcro em trazer segurança jurídica àquele que tenha cometido ilícito culpável penal, retirando do Estado a possibilidade de julgamento *ad eterno*.

Marcelo Augusto Pereira alerta:

A imprescritibilidade retira a paz pública e a segurança jurídica pugnada pelo Direito e permite ao Estado perseguir *ad perpetuam* o agente delituoso, sem que este possa ter extinta a punibilidade pelo decurso do tempo sem a atuação estatal. (PEREIRA, Disponível em: http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080509093736745. Acesso em: 10.09.2011.)

Nada obstante à prescrição ser direito consagrado na legislação, doutrina e jurisprudência pátria, a norma maior reconhece que alguns crimes em virtude de seu conteúdo não deixam de ser puníveis com o decurso do tempo, dizendo expressamente ser imprescritíveis os crimes de racismo (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, art. 5º, XLII, 1988) e o crime de ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL art. 5º, XLIV).

Parte da doutrina considera que, neste diapasão, sendo regra a prescritibilidade dos crimes, apenas os *supracitados* excetuarão a regra, data vênua, não parece ser este o melhor juízo. Não há qualquer previsão constitucional de que tal rol seja taxativo, neste sentido Ricardo Souza Pereira adverte:

Todavia não há previsão constitucional da prescrição como direito ou garantia individual, sendo assim, não há impedimento tácito da não incidência da prescrição para alguns delitos, e não há previsão expressa de rol taxativo de crimes imprescritíveis. Não é encontrada na Constituição da República vedação à imprescritibilidade. (PEREIRA, no prelo, p.203)

Havendo, sim, em matéria de imprescritibilidade, uma ampliação no rol, operado pela incorporação das normas contidas no Estatuto de Roma, sem que exista, ao nosso sentir, incompatibilidade ou antinomia com o ordenamento pátrio, pois o mesmo não consagrou qualquer norma em sentido contrário.

ADOÇÃO DA PENA DE PRISÃO PERPÉTUA

Antes de nos debruçarmos sobre o tema, é importante se fazer algumas considerações a respeito dos debates instalados na conferência de Roma.

Diante da riqueza de penas adotadas pelos Estados de origem das delegações presentes na conferência, calorosa discussão se instalou nesta

seara, sendo percebido ao longo dos trabalhos que impossível seria chegar a um consenso que cominasse penas específicas para cada um dos crimes. Diante desta situação se optou como única solução, no intento de conseguir aprovar o texto final da Convenção, a adoção de penas aplicáveis a todos os delitos. Assim o preceito secundário de cada crime ficou prejudicado, não se desenvolvendo penas ou limites para cada um dos tipos penais instituídos.

Com esta ausência do preceito secundário para os crimes específicos trazidos pela mesma convenção, inúmeras críticas surgiram, vejamos então o que o professor Rolf Einar Fife *apud* Carlos Eduardo Adriano Japiassú escreve:

Frise-se que uma das críticas mais cotidianas que é feita às normas de direito penal internacional, no que tange à teoria geral do direito penal, consiste na no desrespeito a alguns aspectos do princípio da reserva legal e o excessivo grau de discricção que é concedido ao juiz na aplicação de penas. (JAPIASSÚ, 2004, p. 195)

Este excessivo grau de discricionariiedade facultado ao juiz pode trazer de fato grande insegurança jurídica ao direito internacional e desproporcionalidade na aplicação da pena real nos casos concretos, ferindo de modo flagrante o principio da taxatividade, principalmente em face do caráter provisório dos mandatos dos juízes que compõem o Tribunal Penal Internacional.

No que concerne à pena mais grave instituída pelo Tribunal em comento - a pena de caráter perpétuo -, insta salientar que calorosa discussão acerca de pena ainda mais severa se instalou nos trabalhos da conferência, era expressiva a defesa da adoção da pena de morte como sanção aplicável pelo Tribunal.

A época dos trabalhos, realizados na conferência de Roma, cerca de 100 (cem) Estados já haviam banido este tipo de pena de seu ordenamento interno, entretanto cerca de 90 (noventa) Estados ainda a mantinham, e neste contexto considerável, um grupo se formou no sentido de se encampar a pena de morte no Tribunal que estava prestes a ser criado. O professor Bourdon *apud* Carlos Eduardo Adriano Japiassú, assinala que:

De um lado, Estados como Ruanda, Arábia Saudita e outros países árabes, Serra Leoa, Cingapura, Trinad e Tobaco, além dos caribenhos, que propugnavam pelo estabelecimento da pena de morte, por considerarem-na indispensável para que se legitime a própria jurisdição penal internacional.

Mais que isso, por haver previsão em sua legislação interna, sustentou-se, mesmo, que se o Tribunal não a adotasse, estaria iniciando um procedimento de descrédito dessa pena, o que afetaria diretamente tais Estados. (JAPIASSÚ, 2004, p.195)

Como resposta, outro grupo também de grande expressão, repelia em total a adoção deste tipo de pena, Prosseguindo na lição de Carlos Eduardo Adriano Japiassú, constatamos,

De outro, havia Estados que eram veementemente contrários à inclusão da pena capital. Dentre esses, destacavam-se os signatários do 2º Protocolo Opcional à Convenção Internacional sobre Direitos Humanos, de 1989. Também foi firmado que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, expressamente a proíbe. Além desses, foram levantadas muitas outras questões que se oporiam à inclusão de sanção tão grave e mesmo alguns, como Estados Unidos, que, em sua legislação interna a admitem, se opuseram à sua inclusão no Estatuto, o que acabou por prevalecer. (JAPIASSÚ, 2004, p196)

Por fim, a pena capital acabou por ser afastada. Mas nova discussão se instalou no que diz respeito à adoção da pena de prisão perpétua. Para algumas delegações, em vista da já não adoção da pena de morte, seria imperioso a adoção da pena de prisão perpétua, para outros mais radicais, independente da discussão que dizia respeito a pena de morte, a pena perpétua deveria ser adotada face a capacidade ofensiva das condutas tipificadas nos crimes de competência do Tribunal Penal Internacional. A soma destes dois grupos fortaleceu sobremaneira a caminhada com escopo da adoção da pena de prisão perpétua no texto final.

O Brasil, em coerência com a sua legislação interna, juntamente com outros países da América Latina e Portugal, se destacou na minoria que se opôs a adoção da pena de prisão perpétua.

Para enfim chegar a um texto final que fosse aprovado pela conferência, algumas medidas foram tomadas, neste sentido voltemos às palavras do professor Japiassú:

Destarte, embora o consenso tenha se tornado impossível, a sanção ora em cotejo foi, de certa maneira, abrandada, pela inclusão de sua revisão obrigatória ao cabo de vinte e cinco anos, conforme o artigo 110 do Estatuto de Roma.

No caso da revisão não determinar a modificação da pena, o mesmo dispositivo, estabelece a necessidade de revisões periódicas, para, conforme o caso, modificar a pena inicialmente aplicada.

Ademais, foi determinado que tal sanção penal somente seria aplicada se estivessem presentes duas circunstâncias particularmente relevantes: a extrema gravidade do crime e pelas circunstâncias pessoais do condenado.

Assim, embora determinada a possibilidade de prisão perpétua, o Estatuto fez dela uma exceção e não a regra geral, devendo, portanto, somente ser aplicada em situações absolutamente drásticas. (JAPIASSÚ, 2004, p. 200)

Percebe-se, então, que o próprio texto aprovado pela convenção rejeita a pena capital e adota pena de prisão perpétua apenas em caráter de exceção e ainda pugna pelo seu afastamento com a previsão de sua revisão obrigatória em 25 anos para possibilitar o seu abrandamento.

Com a adoção por fim da pena perpétua pelo texto do Estatuto do Tribunal, que a previu em seu art. 77, § 1º, b viu-se surgir um conflito - seja ele real ou aparente - com a Constituição Federal brasileira de 1988 que no inciso XLVII, "a" do artigo 5º, vedou expressamente a aplicação da qualquer pena de caráter perpétuo (CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA, 1988).

Para a resolução desta possível antinomia, vários posicionamentos doutrinários surgiram.

O professor Valério de Oliveira Mazzuoli defende que na verdade existiria um mero conflito aparente de normas, pois segundo seu entendimento, quando o constituinte vedou a adoção da pena perpétua, ele a quis fazê-la apenas no que concerne ao ordenamento interno, não atingindo, desta feita, a produção internacional, ainda que esta afete o ordenamento brasileiro. (MAZZUOLI, 2011).

Neste sentido também o professor Cachapuz Medeiros, apud Mazzuoli, ressalta:

Portanto, a interpretação mais correta a ser dada para o caso em comento é a de que a Constituição, quando prevê a vedação de pena de caráter perpétuo, está direcionando o seu comando tão-somente para o legislador interno brasileiro, não direcionando o seu comando tão-somente para o legislador interno brasileiro, não alcançando os

legisladores estrangeiros e tampouco os legisladores internacionais que, a exemplo da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, trabalham rumo à construção do sistema jurídico internacional (MAZZUOLI, 2011, p.83)

Mazzuoli ainda em defesa da teoria adotada invoca a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que no processo de Extradicação 426 de 4 de setembro de 1985 no caso Russel Weisse, abriu precedente em extraditar o acusado de crime em outro país, sendo passível da aplicação de pena perpétua, sem fazer ressalva da não aplicação desta espécie de pena (MAZZUOLI, 2011) – entendemos, no entanto, que a jurisprudência do supremo neste caso pode não ser a mais acertada por não observar o princípio da proporcionalidade das penas entre os dois países polos em processo de extradição .

Entendimento diverso a este é levantado pelo já tantas vezes referido professor Carlos Eduardo Adriano Japiassú que vislumbra que, para o tratado ser recepcionado no direito interno, necessário seria uma reforma à constituição. Porém, como a norma que veda a adoção das penas de caráter perpétuo é norma imperativa de força pétrea, impossível seria a adoção do tratado pelo Brasil sem desprezar a Carta Magna. (JAPIASSÚ, 2004).

Por outro lado Cançado Trindade se esquivando de um confronto entre prevalência de direito interno ou internacional, pugna pela aplicação da norma que seja mais favorável, assim leciona o eminente professor:

No presente domínio de proteção, não mais há pretensão de primazia do direito internacional ou do direito interno, como ocorria na polêmica clássica e superada entre o monistas e dualistas. No presente contexto, a primazia da norma mais favorável às vítimas, que a melhor as proteja, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno. Este e aquele aqui interagem em benefício dos seres protegidos. É a solução expressamente consagrada em diversos tratados de direitos humanos, da maior relevância por suas implicações práticas. (TRINDADE, 2003, p.542)

Ricardo Souza Pereira, no entanto, traz posição contrária sustentada por Oswaldo Henrique Duek Marques e Carolina de Souza Lima, nos seguintes termos:

No entanto, o Tribunal Penal Internacional aplica as normas

do Estatuto de Roma, e não a legislação interna de um determinado Estado signatário do tratado, como Estado brasileiro. Assim, apesar da norma da Constituição Brasileira ser a mais favorável, ela não pode ser aplicada pelo referido tribunal. (PEREIRA, no prelo, p. 148 apud MARQUES; LIMA, 2008, p. 446).

Estará aqui colocada então a única antinomia insuperável ou conflito real, entre os dois diplomas em estudo. Como vimos muito longe de um consenso está a doutrina a respeito do tema, havendo teses e teorias indicando para as mais diversas soluções, sendo possível que os julgadores quando da análise de um caso concreto também decidam das mais diversas maneiras.

A consequência da perpetuação deste antinomia é a de possibilidade de julgamento de brasileiro entregue pelo Estado brasileiro com a cominação da pena perpétua, ferindo o mandamento constitucional pátrio ou o cometimento de ilícito internacional por nosso Estado, ao não entregar o nacional à jurisdição do TPI, alegando que o mesmo pode ser submetido a pena perpétua.

CONCLUSÕES

1. O Tribunal Penal Internacional é importante instrumento de concretização dos Direitos Humanos, esterilizando os tribunais *ad hoc* que podem surgir no pós-guerra, entre Estados partes, e proporciona um novo cenário de Direito Penal Internacional.

2. O tratado internacional que institui o Tribunal Penal Internacional, Estatuto de Roma, não aceita formulação de reservas e em querência também não é possível a denuncia parcial do mesmo. Portanto, ou se submete a todas as suas regras ou denuncia, em todo, o tratado.

3. Extradução e Entrega são institutos que, embora semelhantes, não se confundem, enquanto aquele pressupõe a entrega de indivíduo à jurisdição alienígena, este pressupõe entrega à jurisdição internacional reconhecida pelo Estado que faz a entrega. Portanto, não há antinomias entre os institutos, já que tratam de matérias diversas.

4. O Estatuto de Roma esteve atento à coisa julgada e prestigiou o princípio do *ne bis in idem*, franqueando ao tribunal a possibilidade de julgar material já transitado em julgado, somente nos casos de o julgamento ter tido por objeto subtrair o acusado à sua responsabilidade ou o julgamento não tenha sido conduzido de forma independente e imparcial, não chocando-se com a coisa julgada interna mas sim dando passo maior na realização da justiça e manutenção do estado democrático de direito.

5. Os crimes tipificados no Estatuto de Roma são imprescritíveis e têm efeito no Direito Penal pátrio ampliando o rol de crimes imprescritíveis contidos na Constituição Federal, quando forem de competência do Tribunal Penal internacional. E não há conflito com a norma interna, pois quando a Constituição Federal elencou os crimes de racismo (art. 5º, XLII) e de ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV), não criou rol taxativo. Havendo aqui uma complementação entre norma interna e internacional, e não antinomia entre elas.

6. A última possível antinomia estudada, está no que tange à cominação de pena de prisão perpétua, como uma das sanções previstas no Estatuto de Roma. Ainda que tenha sido adotada apenas como medida de exceção e, ainda com cláusula de revisão necessária, tal sanção vem de encontro com a vedação constitucional pátria a todo tipo de pena com caráter perpétuo.

Data vênia, não podemos caminhar ao lado do argumento no sentido da vedação ser voltada apenas ao legislador interno, ao nosso sentir a teleologia da norma constitucional é de barrar por completo, e em todos os âmbitos, penas com este caráter. De um ponto de vista humanista poderia viger no conflito o princípio da norma mais favorável, não sendo aplicável neste diapasão a pena de prisão perpétua. Entretanto, se este não for o entendimento dos julgadores que compõem aquele tribunal, em âmbito interno, nada ou pouco se pode fazer, não entregando o nacional ao crivo do Tribunal Penal internacional, o Estado comete ilícito internacional por descumprir tratado que ratificou.

Por outro lado, há entendimento de que o Tribunal Penal Internacional só pode aplicar as suas próprias regras e não as regras dos

Estados partes, por isso, então, não poderia se aplicar à norma brasileira para não submeter o nacional deste País à pena de caráter perpétuo. E a submetendo, tendo o Estado brasileiro entregue o seu nacional ao crivo do tribunal, onde este aplica a pena de prisão perpétua, há cometimento do ato inconstitucional.

Para nós portanto, aqui habita uma antinomia insuperável ou conflito real entre a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto de Roma, tendo como saída apenas a alteração do texto do tratado - retirando a cláusula de pena de prisão perpétua - ou a denúncia total do tratado por parte do Estado brasileiro, em detrimento de toda consequência política internacional.

Referências

ARRUDA, Eloisa de Sousa. **O papel do Ministério Público na efetivação dos tratados internacionais de direitos humanos**. 2008. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

BRASIL. **Constituição da república federativa brasileira (1988)**. Promulgada em 05 de outubro de 1.988

Código de processo civil brasileiro. LEI 5.869, de 11 de Janeiro de 1973.

Convenção de Viena sobre direito dos tratados. Ratificado pelo decreto 7.030 de dezembro de 2009.

Estatuto de Roma. Ratificado pelo decreto 4.388 de 25 de setembro de 2002).

GUERRA, Sidney. **Direito internacional público**. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 2010.

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

MIRANDA, Jorge. **Curso de direito internacional público**. Principia: 3 ed.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek; LIMA, Carolina Alves de Souza. **O princípio da humanidade das penas.** In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

_____. **Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

MELLO, Celso. **Direitos humanos e conflitos armados.** Rio de Janeiro: Renovar.1997.

PEREIRA, Marcelo Augusto Paiva. **O Tribunal penal internacional e a constituição federal.** Disponível em:
<http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080509093736745>.
Acesso em: 10/09/2011.

PEREIRA, Ricardo de Souza. **A imprescritibilidade penal nos crimes de competência do Tribunal Penal Internacional.** No prelo. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público.** São Paulo: Saraiva. 2008

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na Proteção dos Direitos Humanos.** In: Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2003, v. 1