

DIREITO PENAL INTERNACIONAL¹

Fernanda Yumi Furukawa Hata²
Mestranda em Direito Penal - PUC-SP

RESUMO: Neste breve estudo, analisaremos o Direito Penal Internacional, o Tribunal Penal Internacional, centrando nos pontos de confronto entre o Estatuto de Roma e a Constituição Federal, bem como será tratado ao final sobre o procedimento para que uma pessoa seja punida pelo Tribunal Penal Internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal. Tribunal Penal Internacional. Estatuto de Roma. Responsabilidade penal.

1 Introdução

O Direito Penal Internacional é o conjunto das normas de Direito Internacional que estabelecem consequências jurídico-penais. Para tanto, são combinados princípios de Direito Penal e Direito Internacional, de forma que a responsabilização individual e a reprovabilidade de determinada conduta derivam do Direito Penal, mas as normas são extraídas das convenções multilaterais celebradas entre os Estados interessados (AMBOS, p. 13-14). Em outras palavras: “O Direito Penal Internacional é o ramo do Direito que define os crimes internacionais (próprios e impróprios) e comina as respectivas penas” (JAPIASSÚ, 2004, p. 16).

Neste Direito Penal Internacional, em regra, os atos individuais fazem parte de um ato total, o que demonstra o cometimento de delitos em um âmbito coletivo, que envolve várias pessoas em uma organização, que até pode ser o Estado. A questão de grande interesse deste tema é a responsabilização do indivíduo que faz parte deste sistema. Contudo, não se exclui a responsabilidade da organização internacional envolvida no cometimento do delito (AMBOS, 2008, p. 186).

O nascimento do Direito Penal Internacional decorre do incremento dos crimes internacionais após a 2ª Guerra Mundial, que fez nascer a necessidade de um regramento no âmbito internacional que previsse delitos dessa natureza para os quais o ordenamento interno não é suficiente, passando a ser exigível uma “fixação, pelo direito internacional, dos fatos considerados como típicos, tendo em vista o consenso da comunidade internacional de que tais condutas violam valores essenciais da mesma” (RAMOS, 2000, p. 246-248).

Efetivamente, neste ramo do Direito Internacional tutela-se a comunidade internacional e certos bens jurídicos supranacionais, os quais são atingidos por meio de crimes internacionais (JAPIASSÚ, 2004, p. 16).

O poder punitivo deste âmbito do Direito deve ser fundado nos direitos humanos interculturalmente reconhecidos, com o respeito ao indivíduo e sua dignidade. Assim, o princípio da dignidade funcionaria como ponto de partida e limite de todo o sistema do Direito Penal (AMBOS, 2008, p. 21). Otfried Höffe descreve que a função principal seria proteger

¹ Enviado em 8/4, aprovado em 18/10, aceito em 25/10/2010.

² E-mail: fernandayumi@yahoo.com.br.

os direitos humanos dos cidadãos mundiais com um Direito Penal mundial, legitimado e limitado por aqueles. Em adição, a punição às violações aos direitos humanos seria forma de “solidariedade da cidadania mundial com as vítimas” (apud AMBOS, 2008, p. 76-77).

A razão da criação de um Direito Penal Internacional é extraída também da necessidade de evitar “a impunidade universal das severas violações aos direitos humanos”, sendo este o fundamento jurídico-fático desta área do Direito Internacional (AMBOS, 2008, p. 41).

Esta parte penal do Direito Internacional pode ter por fonte os tratados e convenções internacionais, o direito consuetudinário ou os princípios gerais do Direito (ibid., p. 43-44). Aliás, o artigo 21 do Estatuto de Roma traz uma hierarquia sobre o direito aplicável, determinando que: em primeiro lugar, deve-se utilizar o Estatuto de Roma; em segundo lugar, devem-se utilizar os princípios presentes nos tratados de Direito Internacional aplicáveis ao caso em análise; por fim, devem-se utilizar os princípios gerais dos Estados-parte com jurisdição sobre o crime, mas apenas quando for compatível com a lei internacional (AMBOS, 2001, p. 16).

Assim, verifica-se um sistema aberto no Direito Penal Internacional que admite a aplicação aos casos levados ao Tribunal Penal Internacional não só das normas do Estatuto de Roma ou de outros tratados internacionais, mas também de normas do direito interno do Estado com jurisdição sobre o delito.

2 Tribunal Penal internacional (TPI)

O Estatuto de Roma é um tratado internacional de direitos humanos, que tem por finalidade proteger esses direitos. Sua atividade-fim é investigar e punir os responsáveis por violações aos direitos humanos (RAMOS, 2000, p. 255-256). Tal objetivo demonstra a importância histórica do Estatuto: demonstrar a inequívoca vontade de impedir a impunidade a graves violações aos direitos humanos (AMBOS, 2001, p. 14). Além desse alvo, podemos indicar outros valores resultantes da elaboração do TPI: traz um sentimento de confiança às pessoas e comunidades afetadas que veem o seu algoz sendo processado; acaba com os insucessos dos tribunais nacionais que não conseguiram de forma efetiva punir o agente; não possui as limitações dos Tribunais Internacionais de exceção criados posteriormente ao fato para avaliar aquele caso concreto; o indivíduo passa a ser o responsabilizado; o TPI seria um modelo de justiça penal e de julgamento justo (JARDIM, 2000, p. 17-18).

Contudo, apesar do avanço que significou a instituição do TPI, Kai Ambos afirma que o Estatuto de Roma não se pretende apresentar como um sistema definitivo: o estatuto foi o primeiro passo para a construção dogmática, isto é, com ele foram lançadas as bases para sucessivos estudos até se chegar a uma doutrina definitiva sobre o tema (AMBOS, 2001, p. 27). Em outras palavras, o TPI não é um apurado Código de Direito Penal e de Processo Penal do ponto de vista da dogmática e nem poderia ser, mas uma tentativa de trazer um modelo aceitável para a maioria dos Estados (ibid., p. 14).

Há também um fator que impede a efetiva realização do Estatuto de Roma e a jurisdição do TPI: apesar de ter sido inicialmente aprovado por 120 Estados, houve 7 votos

contrários, pertencentes aos Estados Unidos, China, Índia, entre outros - os quais, por serem os países mais populosos do mundo, retiram grande parte da população mundial da proteção do tribunal (PRIZON, 2008, p. 103).

3 Soberania

A existência de um Tribunal Internacional envolve, *prima facie*, a soberania dos Estados, ou seja: o poder de estabelecer as suas regras internamente é relativizado com a ideia de um órgão que possa julgar os crimes ocorridos dentro do território do país ou por um nacional seu. Entretanto, em razão da necessidade de um órgão que julgue os crimes contra a humanidade, os Estados-membros abriram mão de parcela de sua soberania para que esses crimes não fiquem impunes.

Ademais, deve-se ressaltar que se o Estado foi criado, com base no “contrato social” de Jean-Jacques Rousseau, para desenvolver as potências de cada ser humano, devendo o Estado punir eventuais violações a estas; e se o respeito aos direitos e garantias fundamentais é um dos pilares no Estado democrático de direito, não pode ser alegada a soberania como forma de evitar uma responsabilização pela ofensa a esses direitos mais caros. Nas palavras de Flávia Piovesan:

Nasce ainda a certeza de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao âmbito reservado de um Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Sob este prisma, a violação dos direitos humanos não pode ser concebida como questão doméstica do Estado, e sim como problema de relevância internacional, como legítima preocupação da comunidade internacional. (PIOVESAN, 2007, p. 119)

Cabe ressaltar que, de acordo com a apresentação do TPI - feita pelo então presidente da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados -, na verdade não há sacrifício da soberania estatal, por não ser uma jurisdição estrangeira, mas sim internacional, da qual o Estado faz parte; e esse tribunal apenas estaria complementando os esforços no sentido de efetivar os direitos humanos (MIRANDA, 2000, p. 7).

De qualquer forma, superada a questão inicial, a dificuldade passa a ser estabelecer um sistema penal para todos em decorrência da diversidade de institutos e regimentos de cada ordenamento jurídico interno dos Estados-parte.

4 Bases para uma elaboração dogmática do Direito Penal Internacional

Kai Ambos acentua a necessidade de uma parte geral da teoria do delito, aplicável ao Direito Penal Internacional - em especial, sobre as regras de imputação. Para tanto, esse sistema deve pretender ser universal, eficiente e compreensível, o que torna a tarefa difícil frente aos diferentes ordenamentos jurídicos existentes (AMBOS, 2001, p. 19-20). Para ser aceito pelos diversos países, ele deve possuir abertura perante diferentes ordenamentos jurídicos, ser claro e prático em suas respostas (AMBOS, 2008, p. 59).

Por esta exigência de clareza, flexibilidade e abertura, o autor afirma que, em razão da etapa do desenvolvimento do Direito Penal alemão, não houve uma influência prática de tal direito na criação do Direito Penal Internacional (AMBOS, 2008, p. 59-60). Contudo, o que podemos verificar em muitas das passagens do Estatuto de Roma é a aplicação do Direito Penal do inimigo, de Günther Jakobs, ao acusado de um crime contra a humanidade. Aliás, é questionável utilizar tais métodos de flexibilização de direitos e garantias de forma exagerada - como se vê em alguns dos dispositivos - para proteger bens jurídicos, ainda que contra a humanidade.

Ademais, em muitos pontos existe um embate interessante entre a incessante proteção dos direitos humanos das vítimas e a permissão de que tais direitos dos acusados sejam desrespeitados, sendo considerados verdadeiros inimigos da humanidade.

Dentro da proposta de elaboração dogmática do Direito Penal Internacional, Kai Ambos propõe o estudo da responsabilidade individual, ao dividir o assunto em: participação em geral; a responsabilidade do superior; a tentativa; os pressupostos subjetivos; o erro e as causas materiais da exclusão da punibilidade - em especial, o estado de necessidade por coação (AMBOS, 2001, p. 27) -, os quais passamos a analisar.

5 Responsabilidade penal individual

Responsabilidade individual é a atribuição de certa conduta humana a um determinado resultado. De acordo com Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros (2000, p. 12), “uma das principais qualidades do *Estatuto reside na afirmação do princípio da responsabilidade penal de indivíduos pela prática de delitos contra o Direito Internacional*” (grifo nosso). Com isso, passou-se a considerar o indivíduo como sujeito de direito e deveres no plano internacional. O autor descreve que a base de tal entendimento é o pensamento de Hugo Grotius, que divergiu de o fato do Direito Internacional só cuidar das relações entre os Estados.

Tal responsabilidade da pessoa individual, que passou a reconhecer expressamente a pessoa física como sujeito no Direito Internacional, não retira a responsabilidade do Estado, que também responderá pelos atos praticados (art. 25.4 do *Estatuto*).

A responsabilidade possui elementos objetivos, legais ou materiais (*actus reus*), e subjetivos, morais ou psicológicos. Pode ainda ser complementada por meio das causas de extensões da responsabilidade (AMBOS, 2008, p. 188-189), que são ampliações da margem de responsabilidade, com a inclusão dos crimes em que há a ordem do superior (AMBOS, 2001, p. 22).

5.1 Elementos objetivos da responsabilização penal individual (*actus reus*)

Neste ponto de análise, diferencia-se a situação da autoria, seja ela mediata ou imediata, e a participação, no sentido da *complicity* (cumplicidade). O critério para diferenciar é o da intervenção no ato criminoso (AMBOS, 2008, p. 192 e 197).

De forma ampla, um indivíduo será responsável por um delito previsto no Estatuto quando: realiza um delito ou toma parte no crime.

Vale salientar que não se analisa no âmbito do Tribunal Penal Internacional a responsabilidade da pessoa jurídica, apesar de ter sido proposta pela França durante os debates do Estatuto, até porque a responsabilidade perante o TPI é centrada nos indivíduos (AMBOS, 2001, p. 23).

Passamos a analisar as figuras previstas no Estatuto de Roma.

5.1.1 Autor

Art. 25. Responsabilidade Criminal Individual

1. De acordo com o presente Estatuto, o Tribunal será competente para julgar as pessoas físicas.
2. Quem cometer um crime da competência do Tribunal será considerado individualmente responsável e poderá ser punido de acordo com o presente Estatuto.³

A autoria é prevista em três formas: direta (imediate): aquele que por si só comete o delito; coautoria: aquele que com outro comete o delito - não se insere no conceito de cumplicidade (participação), mas sim, de forma autônoma, como autoria; autoria mediata: aquele que comete o delito por conduta de outro - não há qualquer referência se esta pessoa é ou não é criminalmente responsável (AMBOS, 2001, p. 24).

Melhor explicitando as espécies, autor é aquele que por si mesmo comete o delito e o pratica com as suas próprias mãos. O critério é objetivo e leva em consideração o domínio da ação (AMBOS, 2008, p. 198-199).

Quanto à coautoria, Kai Ambos explica que ela se caracteriza por uma divisão funcional das ações delitivas entre os diferentes coautores, as quais contribuem e são necessárias para a prática do delito (AMBOS, 2001, p. 26). Ademais, deve existir um *plano comum* aos coautores e a contribuição de cada um deles na prática delitiva, sendo que tal intervenção no delito deva ser principal - caso contrário, teremos a participação (AMBOS, 2008, p. 201-203). Em outras palavras, ela deve ser *essencial*, considerável e indispensável para a realização do ato total para poder responsabilizar o agente como coautor (ibid., p. 217 e 220).

5.1.2 Questões sobre a coautoria

5.1.2.1 Necessidade de subjetivação da coautoria nos crimes coletivos (AMBOS, 2008, p. 205-211)

Nos crimes coletivos praticados em coautoria, há a falta o domínio da ação, vez que cada um dos agentes contribui para o ato final sem, no entanto, ter o controle da conduta criminosa. Assim, como diferenciar a coautoria da participação?

³Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>.

Alguns afirmam que a diferença se dá em relação ao conhecimento da solução final e a execução da parte do ato que lhe caiba com interesse e vontade, sendo que tal vontade irá distinguir as duas situações (AMBOS, 2008, p. 205).

A adoção de tal critério traz a dificuldade de se provar qual foi a vontade do agente e também o problema de que ele pode até ter ciência do plano e querer executar a sua parte. Mas se a conduta for secundária, não há como responsabilizá-lo como coautor, ainda que ele quisesse ter atuado como tal. Ex.: o fornecedor de um material para fazer uma bomba que matou várias pessoas de uma etnia contrária à do agente. Mesmo que ele saiba que o material se destinava ao cometimento de um crime contra a humanidade e mesmo que ele tivesse atuado com interesse e vontade, a sua conduta é secundária.

Em razão dessa dificuldade, foi adotado um critério objetivo pelo TPI, de forma que a coautoria irá ocorrer quando os agentes atuam conjuntamente em ações que se assemelham a uma divisão funcional do trabalho; e que cada conduta é indispensável para atingir o resultado final. Por outro lado, para a cumplicidade (participação), bastaria haver qualquer assistência que repercutisse no ato, sem que ela seja parte essencial.

Contudo, se esse critério não for suficiente para distinguir a coautoria e a participação, torna-se necessária uma final e mais limitada verificação subjetiva, com a qual se conclui a distinção no caso de concurso de pessoas (AMBOS, 2008).

5.1.2.2 Imputação fundamentadora ou limitadora da responsabilidade

O plano da realização de um ato delituoso em coautoria pode estar formulado anteriormente à realização ou não do crime, podendo surgir de improviso, por meio informal e até tacitamente. Ex.: estupro cometido por duas pessoas, durante conflito armado - o acordo não é prévio (AMBOS, 2008).

Entretanto, esse plano é utilizado como limitador da responsabilidade do agente. Assim, se um dos coautores se excedeu do plano comum inicialmente planejado e cometeu um delito não planejado pelos agentes, o fato mais grave não pode ser imputado aos outros, salvo se ele era previsível ou se poderia ser inserido de qualquer forma no plano. Ex.: além de estuprar a vítima, que era o plano de todos, um dos agentes resolve matá-la (AMBOS, 2008, p. 212-213).

5.1.2.3 Coautoria sucessiva

Também é coautor quem ingressa e atua no crime em curso, enquanto os atos executórios estão sendo realizados: não pode se falar em tal hipótese quando o ato estiver consumado. Tal forma de coautoria não abrange as agravantes ocorridas anteriormente ao seu ingresso (AMBOS, 2008, p. 214).

Por fim, a última forma de autoria é a mediata, a qual pressupõe que o agente cometa o delito utilizando uma pessoa como seu instrumento. Esse agente permanece na posição de autor intelectual, por detrás da ação criminosa (homem detrás). No caso,

o autor imediato (que realiza a ação) é inocente pela ação total: pouco importa que seja criminalmente responsável ou não (AMBOS, 2000, p. 34).

Neste caso, o homem detrás tem o comando dos atos; e os executores não atuam com esse dolo, mas apenas o dolo simples, de forma que seriam instrumentos dolosos sem intenção. Ou poderia ocorrer no caso da utilização de inimputáveis para a configuração da autoria mediata, ou até mesmo quando o autor direto desconhecer tal proibição, sendo caso de domínio da vontade por erro de proibição (AMBOS, 2008, p. 229-230).

5.1.3 Domínio da organização

A forma mais importante de autoria mediata dentro do Direito Penal Internacional é o domínio da organização, na qual o autor direto é obrigado a realizar um delito por ordem do seu superior. Ademais, dentro do quadro apresentado, pode se ter tanto constatada a presença da autoria mediata como a prática do delito por coação pelo autor direto, vez que o superior domina a vontade do seu subordinado que pratica o crime (AMBOS, 2008, p. 224-225).

“A teoria do domínio da organização supera a liberdade alheia do homem da frente com o critério da *fungibilidade*” (AMBOS, 2008, p. 255, grifo nosso) - isto é, os executores do ato são pessoas facilmente substituíveis, e não interessa ao homem detrás quem cumpre as ordens, pois sempre haverá alguém cumprindo as ordens.

Esse critério da fungibilidade é essencial para configurar o domínio da organização que atua independentemente de quem sejam os executores. No entanto, esse critério pode trazer problemas em relação aos casos limítrofes nos quais o executor da conduta pode também ser imprescindível para a realização da empreitada criminosa. Nesses casos, a teoria passa a exigir componentes normativos, além dos pressupostos fáticos, podendo o poder de controle ser repartido entre o executor e o superior (AMBOS, 2008, p. 262-263).

Kai Ambos, ao analisar a questão do domínio da organização, divide o tema em dois pontos: de que forma o domínio da organização supera a responsabilidade plena e a liberdade do homem da frente? Quem é a pessoa que na organização distribui ordens para a prática delitativa exercitando o domínio da organização? (AMBOS, 2008, p. 255).

Quanto à primeira pergunta, o autor responde que a exclusão da responsabilidade do subordinado se dá em razão do domínio concreto da organização sobre este, podendo o superior confiar que as suas ordens serão cumpridas, seja por coação seja por erro (ibid., p. 256), seja pelo subordinado ou por outro facilmente substituível.

Quanto à segunda pergunta, a responsabilidade pelo ato aumenta em relação à maior distância que a pessoa ocupa no quadro da organização da execução do delito, possuindo maior nível de comando (AMBOS, 2008, p. 263). Dessa forma, temos três níveis de responsabilização: a) autores por condução: aqueles que planejam e organizam os crimes - é o nível mais elevado na organização e de responsabilização; b) autores por organização: aqueles que estão no escalão intermediário da organização e exercitam parcela de controle; c) autores executivos: são os executores do delito (AMBOS, 2008, p. 265). No âmbito destes autores é que se pode discutir a existência ou não de causas excludentes da responsabilidade.

Essa forma de concurso de pessoas (autoria mediata) não leva em consideração a teoria adotada no Brasil, a qual considera o autor mediato como partícipe do delito. Pelo contrário, adota a teoria do domínio do fato, empregada nos países de *common law*, de acordo com a qual o homem detrás é considerado como autor principal (AMBOS, 2000, p. 34). Tal fato se dá pelo fato de os crimes tratados no Direito Penal Internacional serem, em grande maioria, realizados dentro de uma organização na qual os superiores não participam da execução do delito e precisam ser responsabilizados de forma igual ou mais intensa que os subordinados.

5.1.4 Partícipe (cúmplice)

O partícipe pode ser de acordo com o Estatuto de Roma: a pessoa que ordena, solicita ou induz à prática do delito. Kai Ambos afirma que quem ordena um delito não é na verdade partícipe, e sim um autor mediato que se serve de um subordinado para praticar o delito (AMBOS, 2001, p. 26), a pessoa que, de qualquer outra forma, auxilia, com o objetivo de facilitar a prática do delito.

Nesse segundo caso existe uma cláusula geral que abrange qualquer forma de participação que influi na prática do delito. Quanto a isto, Kai Ambos (2001, p. 27) afirma que a única limitação é a índole subjetiva presente, vez que o partícipe deve atuar com a *finalidade* de facilitar, de qualquer forma, o cometimento do delito.

Aqui, cabe verificar que o Direito Penal não pode atuar de forma a responsabilizar qualquer conduta do partícipe, ainda que ele tenha a finalidade de ajudar no delito, pois a sua conduta deve ser no mínimo relevante para o Direito Penal, sob pena de ofensa aos princípios da intervenção mínima e da lesividade.

Nesse sentido, Kai Ambos (2001, p. 28-29) delimita os requisitos mínimos da cumplicidade: em anteriores projetos e em casos concretos, ficou firmado o entendimento de que tal contribuição deveria ser *substancial*. Ou seja, a conduta do partícipe deveria ser significativa ou, caso contrário, não haveria responsabilização. Entretanto, o autor deixa claro que não existe tal delimitação da responsabilização do partícipe nos crimes internacionais, sendo tal trabalho incumbido à doutrina e à jurisprudência.

O estatuto não resolve os atos de cumplicidade ocorridos depois da prática do crime, ao que a Comissão de Direito Internacional dá a seguinte solução: se o ato de cumplicidade foi realizado de acordo com o plano realizado de comum acordo, os atos são incluídos dentro do conceito de cumplicidade; se não há um plano realizado de comum acordo, há a responsabilização por um crime diferente, como o favorecimento ao crime (AMBOS, 2001, p. 37).

5.2 Elementos subjetivos da responsabilização penal individual (*mens rea*)

Art. 30 - Elementos Psicológicos - 1. Salvo disposição em contrário, nenhuma pessoa poderá ser criminalmente responsável e punida por um crime da competência do Tribunal, a menos que atue com vontade de o cometer e conhecimento dos seus elementos materiais.⁴

⁴Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>.

O indivíduo só poderá ser responsabilizado se agir com intenção (dolo) e conhecimento dos elementos materiais do crime. Isto é: o autor deve querer e saber que o resultado danoso poderá ocorrer. Pode tal regra ser excepcionada se houver disposição em contrário (AMBOS, 2001, p. 45). É o que ocorre no caso da responsabilidade do superior que pode responder, ainda que não tenha atuado como dolo, como veremos adiante (AMBOS, 2000, p. 48).

Kai Ambos afirma que a responsabilidade é analisada também sob um aspecto subjetivo e que não se diferencia claramente entre dolo, parte do tipo, e consciência da ilicitude, como parte da culpabilidade (AMBOS, 2000, p. 25). Deste dispositivo, também podemos questionar a inclusão ou não do dolo eventual (AMBOS, 2001, p. 48-49).

5.3 Extensões da imputação

Art. 25.3. Nos termos do presente Estatuto, será considerado criminalmente responsável e poderá ser punido pela prática de um crime da competência do Tribunal quem: d) Contribuir de alguma outra forma para a prática ou tentativa de prática do crime por um grupo de pessoas que tenha um objetivo comum. Esta contribuição deverá ser intencional e ocorrer, conforme o caso:

- i) Com o propósito de levar a cabo a atividade ou o objetivo criminal do grupo, quando um ou outro impliquem a prática de um crime da competência do Tribunal; ou
- ii) Com o conhecimento da intenção do grupo de cometer o crime.

Completando a responsabilidade penal estão as regras de expansão da autoria, “as quais podem ou não estar caracterizadas como formas específicas de participação” (AMBOS, 2000, p. 32).

Por meio deste artigo, permite-se uma ilimitada expansão do conceito de autoria e participação, pois criminaliza qualquer outra forma de contribuição à prática ou tentativa do delito. É de se verificar que esta contribuição deve ser feita com o intuito de realizar o propósito criminoso do grupo (AMBOS, 2001, p. 30-31).

Nesse sentido, com base em projetos e convenções, Kai Ambos (2001, p. 31) afirma que até mesmo quem atuou na conspiração do delito é responsabilizado. Ou seja, pune-se quem atuou nos atos preparatórios da prática do delito, ainda que não tenha tomado qualquer ato durante sua execução. São os casos de colaborações feitas durante a etapa de preparação do crime.

Dessa forma, é considerado como execução tudo o que ocorre entre o começo da tentativa e a finalização material do delito, abrangendo, inclusive, os atos preparatórios pertencentes de modo inseparável à ação típica (AMBOS, 2008, p. 220-221). Com isso, seria possível punir os que influenciaram ou idealizaram o delito, sem ter atuado na execução.

Tal se dá no caso do chefe da quadrilha que organiza e planeja os crimes, mas terceiros os executam. Em tal hipótese, ele responde como coautor se ele dirige a execução do ato. Contudo, se ele desenha de forma completa a conduta dos subordinados, e estes se comportam de acordo com o plano em razão de uma influência (psíquico-intelectual) do chefe da quadrilha, na verdade este é o autor (autoria mediata).

Por fim, se não há quaisquer destas características, ele responde como partícipe por influenciar na conduta criminosa (AMBOS, 2008, p. 221-223).

Apesar desta expansão e antecipação da responsabilidade, há de se verificar se os bens jurídicos difusos em tela podem exigir tamanha flexibilização, de forma a exigir a atuação do Direito Penal antes da efetiva lesão.

5.4 Responsabilidade do superior (princípio da responsabilidade do comando)

Com o artigo 28 do Estatuto, responsabiliza-se os chefes militares e outros superiores com relação aos seus comandados, o que se dá ainda que de forma omissiva (negligência no comando).

Leisa Boreli Prizon (2008, p. 76) descreve que, ainda que o crime tenha sido cometido sem a anuência do superior, este será responsabilizado e não poderá alegar que não tinha ciência dos atos praticados pelos seus subordinados, vez que “ele deve ou, pelo menos, deveria saber o que acontece sob o seu comando”. Desse modo, a responsabilidade se dá em razão da estrutura de poder existente.

Tal responsabilização se dá também pelo fato de que o subordinado sabe como deve agir de acordo com os comandos do superior sem que seja necessário explicitar todos os atos. Além disso, os subordinados não questionam os superiores em razão da cadeia hierárquica (PRIZON, 2008, p. 77).

Também deve se atestar a existência de uma diferenciação entre a responsabilidade do superior civil e a do militar, vez que, em relação à negligência do superior civil, este apenas responde se ignorava conscientemente que a informação claramente indicava que os seus subordinados praticariam o delito (AMBOS, 2001, p. 39).

Por outro lado, o chefe militar responde ainda quando deveria saber que as suas forças iriam praticar o delito. Para Kai Ambos (2000, p. 45), este “deveria saber” traz uma exceção à exigência do concreto conhecimento: basta que o agente saiba da alta possibilidade da existência do fato, o que vai além da mera negligência. Por outro lado, em relação ao superior civil, é mais difícil a acusação de que deveria saber, vez que não exerce de forma ampla e integral o controle sobre os subordinados (AMBOS, 2001, p. 39-40).

Cabe avaliar também que o superior pode ser punido, tanto pela não controlar os subordinados como por não impedir a prática delitiva. A responsabilidade pela omissão aqui também resta ampliada, pois gera, além do dever legal de evitar o resultado, a punição pela perda do controle dos submetidos a seu mando. Dessa forma, pode o superior responder tanto como cúmplice, ao ajudar e encobrir os fatos, como responsável, por não impedir as atrocidades (AMBOS, 2001, p. 41-42).

Em relação à omissão do superior, apesar desta ampliação da responsabilidade penal pode se questionar se tal irá permanecer ainda a respeito de delitos contra a humanidade que exigem um específico conhecimento para a ação. Afinal, como pode o superior saber da intenção de destruir certo povo se ele não sabe que os subordinados

estão cometendo o delito? A dificuldade da resposta demonstra a dificuldade da realização de um delito de intenção por negligência (AMBOS, 2001, p. 40-41). Por isso, Kai Ambos (2008, p. 285) ensina que, nesse caso de omissão, responde o superior como partícipe da conduta dos crimes se ele tinha conhecimento dos fatos. Por outro lado, no caso de desconhecimento dos fatos, em razão do princípio da culpabilidade, não há como imputar a conduta ao superior pela ausência de dolo.

5.5 Tentativa

Art. 25. 3. Nos termos do presente Estatuto, será considerado criminalmente responsável e poderá ser punido pela prática de um crime da competência do Tribunal quem: f) Tentar cometer o crime mediante atos que contribuam substancialmente para a sua execução, ainda que não se venha a consumir devido a circunstâncias alheias à sua vontade. Porém, quem desistir da prática do crime, ou impedir de outra forma que este se consuma, não poderá ser punido em conformidade com o presente Estatuto pela tentativa, se renunciar total e voluntariamente ao propósito delituoso.

O *conatus* é considerado o início de execução de certo crime realizado por meio de uma ação substancial - passos substanciais (AMBOS, 2000, p. 41). O mesmo autor explica que o instituto da tentativa no Estatuto de Roma segue uma combinação das leis francesas e americana, tendo sido admitida uma teoria mista objetiva-subjetiva, de acordo com a qual “tentativa é a vontade criminosa do autor *objetivamente manifestada*” (AMBOS, 2008, p. 388; 442).

Também se segue a doutrina do *substancial step*, a qual exige atos que sejam passos importantes para a execução (AMBOS, 2008, p. 388). Assim, o início da execução ocorre no momento em que o indivíduo desenvolveu um ato que constitui um ato decisivo para a prática do delito, não tendo sido admitida a teoria de que exige o começo da realização do tipo (AMBOS, 2001, p. 35-36).

Quanto a esse tema, podemos verificar a subjetividade do que seria este passo inicial importante para se considerar iniciados os atos executórios. Apesar da explicação teórica de Kai Ambos, essa definição se mostra imprecisa: afinal, quando se dá tal ato substancial em um crime contra a humanidade?

Em adição, o estatuto também não prevê a diminuição da pena no caso da tentativa (aliás, as penas não estão nem em si mesmas delineadas). Pode o agente do crime tentado responder da mesma forma que aquele que consumou o crime. Verifica-se que o estatuto teve por finalidade, com esse dispositivo, evitar que o acusado de um crime tentado tivesse a sua responsabilizada excluída. Contudo, será que a relevância do bem jurídico pode justificar este tratamento mais prejudicial ao réu e que ofende o princípio da individualização da pena?

Por outro lado, ainda que se entendesse que deveria ser diminuída a pena, caso o agente seja apenado com a pena de prisão perpétua não haveria qualquer efeito a tentativa.

5.6 Desistência

Art. 25. 3. Nos termos do presente Estatuto, será considerado criminalmente responsável e poderá ser punido pela prática de um crime da competência do Tribunal quem:

f) Tentar cometer o crime mediante atos que contribuam substancialmente para a sua execução, ainda que não se venha a consumir devido a circunstâncias alheias à sua vontade. Porém, quem desistir da prática do crime, ou impedir de outra forma que este se consuma, não poderá ser punido em conformidade com o presente Estatuto pela tentativa, se renunciar total e voluntariamente ao propósito delituoso.

O agente que desiste voluntariamente de cometer o delito ou, de qualquer forma, impede a sua realização pode ser beneficiado com a isenção da pena (AMBOS, 2001, p. 36). O dispositivo prevê o benefício tanto para a conduta positiva (“impedir a consumação”), como para a conduta negativa (“abandonar”) que se distancia em definitivo da execução do delito (renúncia íntegra) e de forma voluntária (AMBOS, 2008, p. 389-397).

5.7 Defesas e causas de exclusão da responsabilidade penal

No modelo adotado pelo Direito Penal Internacional, o ônus da prova dos elementos dos crimes cabe ao promotor responsável pela acusação, e as causas que excluem a responsabilidade devem ser pelo menos afirmadas pela defesa (AMBOS, 2008, p. 188). Nesta parte do trabalho, analisaremos as causas que excluem a responsabilidade do agente.

Kai Ambos (2001, p. 15) afirma que neste tópico inserem-se vários institutos, como as defesas processuais e as causas de exclusão da responsabilidade criminal. Contudo, o que se percebe é uma confusão de institutos com a mesma nomenclatura: não se diferencia entre elementos de direitos material ou processual, bem como entre causas de exclusão da ilicitude ou culpabilidade.

5.7.1 Defesa processual

Está prevista no art. 26 do estatuto, que dispõe que o TPI não tem jurisdição sobre as pessoas menores de 18 anos ao tempo do fato ou omissão (AMBOS, 2001, p. 46). Também não pode ser alegada, de acordo com o art. 27 do estatuto, a qualidade oficial de chefe de Estado ou de governo ou qualquer posição pública para se eximir da responsabilidade criminal, sendo tal fato sequer considerado causa de redução da pena. Assim, as imunidades concedidas internamente não podem servir de obstáculo para evitar a jurisdição do TPI (AMBOS, 2001, p. 46).

5.7.2 As causas gerais de exclusão da responsabilidade

Estão previstas no art. 31.1 do Estatuto e podem ser alegadas pelo agente se, no momento do crime, ele era incapaz de controlar e de determinar a sua própria conduta, que pode ser decorrente de duas causas: incapacidade mental e intoxicação - esta hipótese não pode ser alegada no caso de genocídio ou crimes contra a humanidade

(AMBOS, 2001, p. 49-50), podendo apenas ser alegada em atos isolados que configurem crimes de guerra (AMBOS, 2000, p. 53).

Este segundo caso também é limitado pela aplicação da teoria da “*actio libera in causa*”. Ou seja: se o agente se pôs voluntariamente na situação de incapacidade (caso tenha se intoxicado de má-fé), com o objetivo de cometer o delito, irá responder pelo resultado (AMBOS, 2001, p. 50-51).

5.7.3 Causa de justificação e exoneração

São causas que também excluem a responsabilidade criminal expressamente previstos no art. 31 a legítima defesa e o estado de necessidade por coação ou ameaça.

5.7.3.1 Legítima defesa

Descrita no art. 31.1.c, a legítima defesa pode ser alegada na defesa de direito próprio ou de terceiros contra um iminente e ilegal uso da força, desde que presentes os demais pressupostos: que a pessoa atue com razoabilidade e de forma proporcional; apenas nos casos dos crimes de guerra; que o bem seja essencial à sobrevivência; que o bem seja essencial à missão militar.

Nesse ponto, Kai Ambos (2001, p. 52-53) afirma que apesar da proposta dos Estados Unidos e de Israel de se legitimar o uso da legítima defesa da propriedade, de forma a se ter um tratamento igualitário desse direito ao direito à vida ou à integridade física, tal tutela não foi aceita de forma integral. Contudo, parcela da posição foi adotada: pode-se alegar a causa em prol da defesa de um bem importante para a missão militar. Ou seja, o indivíduo pode matar alguém prestes a destruir um tanque de guerra porque estaria acobertado pela causa.

Realmente, a aceitação de tal causa não se mostra justificada, e Fábio Konder Comparato (2006, p. 463) critica essa exclusão da responsabilidade nos crimes de guerra, vez que não se compreende que a arma seja mais importante que a vida humana.

5.7.3.2 Estado de necessidade por coação ou ameaça

Para ser reconhecida esta causa de exclusão da responsabilidade, são necessários os seguintes requisitos: ameaça de morte iminente ou de contínuos e graves danos contra a pessoa ou terceiro; reação necessária e razoável contra a ameaça; não pretender causar um dano maior que o que deve ser evitado.

Kai Ambos (2001, p. 54) afirma que aqui se confundem os conceitos de coação - em que há uma ausência de liberdade ou vontade em razão da ameaça - com o estado de necessidade, em que se deve escolher o mal menor para proteger o bem maior. No primeiro, o acusado não poderia de outra forma agir; no segundo, há uma justificativa do ato ilegal que se torna legal (AMBOS, 2000, p. 55-56).

De qualquer forma, o que justifica a exclusão da responsabilidade é que o agente atuou em razão de coação moral, não completamente sem vontade. Mas, por existir o

domínio da vontade do agente coator sobre o coagido, não existe alternativa para este. Portanto, apenas o primeiro responde pela conduta, sendo o segundo exonerado. Tal se dá em razão do fato de que o coator domina de forma decisiva o curso dos resultados, o que elimina a responsabilidade do autor direto, coagido (AMBOS, 2008, p. 230-238).

Um exemplo de estado de necessidade por coação é o que Kai Ambos (2008, p. 230) traz sobre o caso Erdemovic, no qual o réu alegava ter praticado os delitos contra a população judia na 2ª Guerra Mundial, caso contrário os seus familiares seriam mortos. Na verdade, o que se tem é uma coação moral irresistível, descrita no Direito Penal brasileiro como uma excludente de culpabilidade por excluir a exigibilidade de conduta diversa, e não uma justificativa.

5.7.3.3 Estado de necessidade por cumprimento de uma ordem

É uma espécie de estado de necessidade por coação, em que o subordinado sofre uma coação determinada por seu superior hierárquico, sendo que existe um dever de obediência daquele para com este. É uma coação jurídica, especial e diferente do estado de necessidade anteriormente apresentado (estado de necessidade por coação), no qual a coação é fática e existe uma possibilidade de “sanção” muito mais intensa do que a simples sanção disciplinar cabível nesse caso.

Em regra geral, o subordinado irá responder penalmente. Contudo, existem três exceções: se o agente estivesse obrigado por lei a obedecer as ordens do superior; se não soubesse que a ordem é ilícita; se a ordem não era manifestamente ilícita.

Cabe ressaltar que o agente sempre responderá, ainda que presente uma destas causas, nos casos de crime de genocídio ou de crimes contra a humanidade (estrito senso) - art. 33.2.

De acordo com Kai Ambos (2008, p. 239-240), não basta a simples alegação dessas causas, vez que neste caso de estado de necessidade, o agente subordinado poderia se negar a cumprir a ordem ilegal. Para se alegar tal *defence*, exige-se uma coação adicional que torne inexigível o comportamento, qual seja: a presença dos requisitos do estado de necessidade por coação.

5.7.3.4 Discriminantes putativas (estado de necessidade) e autoria mediata

O agente subordinado supõe estarem presentes certas situações fáticas que, se realmente fossem verdadeiras, justificariam a sua conduta. Ou seja: o autor do fato acredita, erroneamente, que existem os requisitos fáticos para que ele atue com uma causa de exclusão da responsabilidade, qual seja o estado de necessidade.

Kai Ambos (2008, p. 248-249) questiona se em tais casos também pode se falar em domínio do fato pelo superior (do homem detrás). O doutrinador declara que existe autoria mediata fundada no conhecimento do superior sobre a culpabilidade ou os elementos de reprovação jurídica do ato do homem detrás, que se aproveita do erro e leva o homem da frente a executar o delito. Assim, diversamente do estado de necessidade por coação, aqui também há uma falta de liberdade - no entanto, gerada pela falta de conhecimento.

5.7.3.5 Erro de fato e de direito

Por fim, as últimas causas de exclusão da culpabilidade estão previstas no art. 32: o erro de fato e o erro de direito. O erro de fato exclui, em regra, a responsabilidade criminal por negar a *mens rea* (elemento subjetivo, dolo); por outro lado, o erro de direito exclui apenas de forma excepcional a exclusão, vez que apenas se reconhece no caso de errônea compreensão da licitude de uma ordem (AMBOS, 2001, p. 56; 2000, p. 57).

6 Pontos de conflito entre o Estatuto de Roma e a Constituição Federal

Por ser a Constituição Federal pautada pela dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), punindo a discriminação que atenta contra os direitos e liberdade fundamentais (art. 5º, XLI), atuando com prevalência dos direitos humanos no âmbito internacional (art. 4º, II), é de se presumir a compatibilidade entre o diploma maior do Brasil e o Estatuto de Roma (RAMOS, 2000, p. 260). No entanto, o que se verifica é a existência de várias incompatibilidades.

Uma das razões decorre do fato de que, apesar da proposta inicial de se buscar a criação de um sistema original e específico sem vinculação a quaisquer Estados, o Estatuto foi desenhado ao final como uma tentativa de conciliar institutos próprios do sistema da *common law* e outros do sistema da *civil law* (STEINER, 2000, p. 34), por vezes incompatíveis.

Gustavo Badaró (2005, p. 98) aponta os seguintes pontos de embate discutidos pela doutrina: exceção ao princípio da coisa julgada (art. 20 do estatuto); aplicação da jurisdição do TPI, independentemente das imunidades e prerrogativas de foro por prerrogativa de função (art. 27); imprescritibilidade dos crimes (art. 29); entrega de nacionais ao TPI (art. 58); previsão da pena de prisão perpétua (art. 77); ausência de individualização das penas para cada um dos tipos penais (arts. 77 a 80). Passaremos a analisar essas questões controversas.

6.1 Princípio da complementaridade, exceção ao princípio da coisa julgada e a presunção da inocência

De acordo com o art. 17.1.a, a atuação jurisdicional do Tribunal Penal Internacional se dá de forma complementar. Ou seja: apenas atua se o país não conseguiu internamente dar uma solução satisfatória ao crime previsto no Estatuto de Roma. Esse mecanismo permite que o Estado, internamente, possa solucionar o caso de forma satisfatória; mas se ele não for capaz ou não tiver interesse, o TPI poderá atuar desde que o caso seja grave (JARDIM, 2000, p. 20).

Para tanto, o estatuto prevê a possibilidade da análise de processos transitados em julgado, por ser a coisa julgada viciada, vez que obtida sem imparcialidade ou com a finalidade de subtrair o caso do julgamento pelo Tribunal Internacional. Nesse caso, há uma exceção ao princípio da imutabilidade dos efeitos da sentença (COMPARATO, 2006, p. 469).

Afinal, “ao direito internacional interessa a efetividade da punição”. Se o processo local foi utilizado de forma espúria ou se ele está se prolongando de forma injustificada, pode o TPI processar e julgar o caso. Há quem entenda que não há ofensa à coisa julgada, pois ela foi obtida com vício insanável que torna inoperante os seus efeitos (RAMOS, 2000, p. 276).

Esta atuação suplementar ocorre em razão dos bens jurídicos envolvidos, quer pela magnitude quer pela gravidade de suas lesões, não podendo ficar impune a tais lesões. Entretanto, tal permissão de novo julgamento lembra a possibilidade uma revisão *pro societate*, não admitida internamente no Brasil.

O princípio da complementaridade foi um dos principais motivos da elevada aceitação do Estatuto de Roma (GRAMMER, p. 42), pois o TPI não pode invadir o sistema judicial nacional: preserva-se a competência originária do Estado-membro (BORGES, 2003, p. 120), apesar de o tribunal poder julgar casos transitados em julgado.

Contudo, tal norma traz um problema que não é tratado pelos doutrinadores do tema: ela indica uma presunção de culpabilidade do acusado, pois o TPI apenas analisa o caso se entender que o agente não foi punido ou que foi punido de forma insuficiente.

Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros (2000, p. 11) descreve que o tribunal avalia primeiro se há ou não processo pendente - neste último caso, já demonstraria a falta estatal. Se há processo, irá considerar se a decisão subtraiu à pessoa da responsabilização cabível, se houve demora injustificada no processo ou ainda se o processo não está sendo conduzido de forma imparcial - casos em que o acusado será submetido ao TPI.

Apesar da ofensa à presunção da não culpabilidade, poderíamos questionar se existiria outra forma de encaminhar um caso ao tribunal com respeito à jurisdição nacional sem que se admitisse culpado o acusado. Para tanto, podemos analisar como se realiza esse juízo de admissibilidade em outras cortes internacionais.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é órgão vinculado à Organização dos Estados Americanos (OEA), do âmbito do sistema regional, e previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São Jose da Costa Rica). Na Corte Interamericana, o Estado pode ser julgado caso tenha ocorrido uma violação aos direitos humanos. Para tanto, a corte exige que se tenha esgotado o processo na Comissão Americana de Direitos Humanos (art. 61.2 do pacto) ou, que na jurisdição interna, esteja ocorrendo demora injustificada em finalizar o julgamento do caso (art. 46 do pacto).

A análise de tal tratado permite verificar que também não se respeita a coisa julgada, vez que exige o fim dos recursos dentro do Estado. Basta haver uma alegação de ofensa aos direitos previstos na Convenção para que o caso seja analisado na comissão ou na Corte Interamericana.

Apesar de não haver ofensa ao princípio da não culpabilidade de forma expressa, de alguma forma a comissão deve considerar existente a violação aos direitos humanos para levar o caso à corte, existindo, então, uma consideração do Estado como culpável.

Por conseguinte, entendemos que, para poder respeitar a jurisdição interna, o TPI abarcará a análise de fatos julgados em definitivo dentro do Estado-membro,

mas, para que tal permissão não seja ampla, deverá ser aceita a presunção inicial de culpa, sob pena de se admitir a análise de qualquer caso pelo Tribunal Internacional.

6.2 Imunidades

Como já afirmado acima, de acordo com o art. 27, prevalece a igualdade formal: o Estatuto aplica-se a todos, sem distinção alguma em relação ao cargo oficial ocupado pela pessoa no Estado (BORGES, 2003, p. 271). Com isso, as imunidades apenas aplicam-se internamente, não atingindo regras internacionais de direitos humanos em razão do princípio da irrelevância das funções descrito no dispositivo em comento (PRIZON, 2008, p. 116-117).

Isso se dá também porque grande parte dos crimes contra a humanidade em geral são praticados por autoridades que possuem imunidades dentro do país. Assim, “poderia um genocida alegar prerrogativa de foro porque exercia uma função pública? Certamente não, na ótica do Direito Internacional” (MEDEIROS, 2000, p. 15).

6.3 Imprescritibilidade

Antes de entrar no tema, cabe ressaltar que a prescrição é uma garantia obtida com o desenvolvimento do homem, que permitiu que o Estado não possa eternamente processar e julgar quem praticou um crime decorrido um lapso temporal considerável. Por conseguinte, a existência de crimes imprescritíveis é contrária à evolução do Direito Penal e apenas deve ser admitida, se for o caso, excepcionalmente.

A Constituição apenas prevê nos incisos XLII e XLIV, do art. 5º, que não se sujeitam à prescrição os crimes de racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático de direito.

Gustavo Badaró (2005, p. 99) defende a imprescritibilidade do estatuto por entender que não existiria qualquer vedação para criar novas hipóteses de imprescritibilidade, vez que não há qualquer dispositivo expresso que estabeleça uma regra absoluta de que as infrações penais sejam prescritíveis. Com isso, por não ter sido adotada a regra do “*inclusio unius alterius est exclusio*”, não se vedaram todas as outras formas, deixadas para disciplina pelo legislador infraconstitucional.

Também pode ser acrescido o argumento de que não se justificaria o tratamento mais grave aos crimes de racismo e de ação de grupos armados em detrimento dos crimes previstos no estatuto, que são mais graves, e não poderia ser recusado a eles o reconhecimento da imprescritibilidade (COMPARATO, 2006, p. 468). Isso até em decorrência do princípio da isonomia que exigiria tratamento igualitário neste caso.

Em contraposição, Leisa Boreli Prizon pondera que os crimes contra a humanidade são de gravidade indiscutível, mas que, no entanto, a imprescritibilidade poderia trazer apenas uma sensação de impunidade pelo longo percurso que o processo poderia ter (PRIZON, 2008, p. 79).

A aversão a essa imprescritibilidade se dá também pelo fato de que qual seria o papel da pena nesse caso, em que parece evidente apenas ter caráter retributivo,

isto é, de retribuir o mal causado pelo crime, sem qualquer outra finalidade da pena, como a preventiva ou de ressocializar o agente.

6.4 Papel da pena no TPI

Incidentalmente à questão da imprescritibilidade, deve ser levada em consideração que a sanção a ser aplicada no TPI pode ser perpétua ou de pena privativa de liberdade de 30 anos, de forma que se pergunta: qual a função da pena aplicada no TPI?

Acima, expusemos que o objetivo da criação do tribunal foi evitar a impunidade desses crimes contra humanidade, o que revela um fim puramente retributivo, de vingança ao mal cometido. Além disso, apesar da possibilidade de revisão da pena, nos casos de prisão perpétua após 25 anos de prisão, em momento algum se verifica a possibilidade de progressão de regimes, livramento condicional ou outro benefício do gênero; o que revela a impossibilidade de uma função de ressocialização do agente. Aliás, ainda que previstas tais benesses, seria possível o condenado voltar a viver em sociedade? É difícil acreditar em tal possibilidade em razão da difusão das informações pelos meios de comunicação.

Por fim, não há de se falar em caráter preventivo negativo especial para quem é punido com a pena perpétua. Contudo, poderia ser aceita uma finalidade preventiva geral se o TPI efetivamente tivesse jurisdição internacional, mas como alguns países não ratificaram o Estatuto de Roma, a finalidade preventiva não se faz presente para os nacionais e residentes desses países.

6.5 Entrega de nacionais

O art. 58 do Estatuto de Roma dispõe, que após iniciada a investigação, se o promotor requerer, pode ser expedido um mandado de prisão pela Câmara de Questões Preliminares, desde que exista base razoável de que o acusado tenha cometido o crime, e o tribunal poderá requerer a entrega do acusado ao Estado-parte (MEDEIROS, 2000, p. 13).

Quanto ao tema, o art. 5º, LII, da Constituição, estabelece que nenhum brasileiro será extraditado; e, quanto ao naturalizado, apenas poderá ocorrer no caso de crime comum praticado antes da naturalização ou se houve envolvimento com o tráfico de drogas. Dessa forma, veda-se a extradição como regra geral.

A defesa do instituto da entrega é feita com fundamento na distinção com o instituto da extradição, sendo que a entrega seria um instrumento para o processo e julgamento imparcial, independente e justo de crimes atrozos contra a dignidade humana. Ela visaria a realização do bem-estar da sociedade mundial (BADARÓ, 2005, p. 101).

Também se afirma que não se trata da extradição, pois nesta coloca-se à disposição uma pessoa com base em uma sentença penal de uma jurisdição soberana para outra; o que não ocorreria no caso da entrega em que se transfere uma pessoa a uma jurisdição penal internacional que o Brasil ajudou a construir (BORGES, 2003, p. 190). Assim, o instituto

seria uma entrega *sui generis* não prevista pela Constituição por impossibilidade lógica (JARDIM, 2000, p. 31), que impedia que fosse previsto tal dispositivo.

Apesar das controvérsias sobre tema, o instituto é essencial para que se efetive a administração da Justiça Penal Internacional, sem o qual “seria inútil o esforço de criar o Tribunal Penal Internacional caso não se conferisse ao mesmo o poder de determinar que os acusados sejam compelidos a comparecer em juízo” (MEDEIROS, op. cit., p. 13).

Em adição, o Brasil, ao ratificar o Estatuto de Roma, comprometeu-se a cooperar plenamente com o TPI, tanto em relação à investigação quanto ao julgamento (MEDEIROS, 2000, p. 10), de forma que não se poderá negar a efetivar a entrega, salvo se denunciar o Estatuto.

6.6 Prisão perpétua

O Estatuto de Roma prevê no artigo 77 a possibilidade da pena de prisão perpétua. Essa forma de prisão privativa da liberdade é vedada pela Constituição no artigo 5º, XLVII, “b”. Entretanto, é prevista no Estatuto de Roma como pena possível aos agentes que cometerem crimes contra a humanidade em sentido amplo.

Uma primeira análise que pode ser feita de tal previsão constitucional é que ela é uma cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV, da CF), de forma que não é permitida sequer a proposta de emenda que delibere sobre a diminuição de tal garantia. Com isso, verifica-se que não poderia ser ratificado um tratado que permitisse tal sanção. Este argumento também pode ser utilizado para o caso da individualização da pena, da entrega de nacionais e do respeito à coisa julgada.

Há autores que justificam esta forma de pena pela excepcionalidade do caso em tela, vez que a gravidade é requisito de admissibilidade para fixação da competência do TPI; e a pena de prisão perpétua apenas se aplica aos casos de maior gravidade, sendo caso de absoluta excepcionalidade. Além disso, permite-se revisar a pena após 25 anos de cumprimento (art. 110.3), e o ordenamento brasileiro admite caso de pena de morte por fuzilamento em caso de guerra declarada (BORGES, 2003, p. 193-194). Assim, a prisão perpétua seria a exceção da exceção, cabível apenas aos crimes de extrema gravidade (JARDIM, 2000, p. 32).

Há também quem afirme que, mesmo na vigência da CF88, o Supremo Tribunal Federal deferiu extradições para Estados nos quais a imposição da pena de prisão perpétua é prevista, com o fundamento de que o benefício apenas se aplica no direito interno e não pode ser imposto a outros países (MEDEIROS, 2000, p. 15), de forma que indiretamente se está admitindo aplicar esta pena. É o que se verifica nos seguintes julgados:

EXTRADIÇÃO. EXTRADITANDO FORAGIDO. PRISÃO PERPÉTUA. DEFERIMENTO. 1. PROCESSO QUE REUNE AS CONDIÇÕES NECESSÁRIAS A ENTREGA DO EXTRADITANDO. 2. ENTENDE O TRIBUNAL, POR SUA MAIORIA, IMPROCEDENTE A ALEGAÇÃO DE RESSALVA PARA A COMUTAÇÃO DE PRISÃO PERPÉTUA EM PENA LIMITATIVA DE LIBERDADE, POR FALTA DE PREVISÃO NA LEI OU NO TRATADO. 3. PEDIDO DE EXTRADIÇÃO DEFERIDO. (Ext 426, Relator(a): min. RAFAEL MAYER, Tribunal Pleno, julgado em 4/9/1985, DJ 18/10/1985 PP-18452 EMENT VOL-01396-01 PP-00007 RTJ VOL-00115-03 PP-00969)

EXTRADIÇÃO: PROMESSA DE RECIPROCIDADE: REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA. CRIME DE HOMICÍDIO. PRISÃO PERPÉTUA. 1. Fundando-se o pedido em promessa de reciprocidade está assim atendido o requisito autorizativo da extradição, previsto no art. 76 da Lei nº 6.815/80, alterada pela Lei nº 6.964/81. 2. O delito de homicídio, definido na legislação penal alemã, também configura crime previsto no Brasil (art. 121 do Código Penal). 3. A cominação de prisão perpétua ao delito de homicídio, prevista em legislação penal estrangeira, não inviabiliza a extradição, consoante reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal. 4. Pedido de extradição deferido. (Ext 693, Relator(a): min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 12/6/1996, DJ 15/8/1997 PP-37.035 EMENT VOL-01878-01 PP-00034)

Sylvia Steiner expõe também que os princípios prevalecem sobre as regras. E, por ter o Brasil como princípio nas relações internacionais a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II, da CF) e como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), estes seriam superiores à regra da vedação das penas de prisão perpétua (STEINER, 2000, p. 37).

Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros (2000, p. 15) complementa a argumentação no sentido de que o conflito entre o Estatuto de Roma e a Constituição seria aparente, pois o Estatuto viria a reforçar o princípio da dignidade da pessoa humana e o dispositivo constitucional apenas se aplicaria internamente, e não ao direito internacional.

Tal afirmação é questionável, vez que a assunção de um acordo internacional não poderia elidir uma garantia conquistada dentro do país, até pelo princípio da prevalência da norma que mais garante o indivíduo - seja uma norma interna ou internacional -, não havendo em que se falar em prevalência da segunda sobre a primeira de forma peremptória.

Sobre o assunto, Fábio Konder Comparato apresenta que, no conflito entre normas de direito internacionais e internas sobre direitos humanos, deve prevalecer a regra mais favorável à dignidade humana da pessoa, seja ela vítima ou agente violador da norma (COMPARATO, 2006, p. 467).

De qualquer forma, sabe-se que a prisão perpétua foi fruto de um acordo político entre os Estados que apoiavam a inserção da pena de morte e os que não a aceitavam, apesar de entender que a pena perpétua ofendia direitos humanos, mas esta era preferível àquela (STEINER, 2000, p. 36).

Também deve ser analisado que, do ponto de vista dos países que admitem a pena de morte ou a pena de prisão perpétua, seria inaceitável que quem comete crimes tão graves como os previstos no Estatuto pudesse ter uma pena mais branda do que existe internamente. Assim, para que o Estatuto fosse consentido pelos Estados plenipotenciários, foi necessário inserir essa modalidade de pena, mas apenas aos delitos de extrema gravidade e com a possibilidade de revisão após 25 anos de cumprimento de pena (KREB, 2000, p. 127).

7 Parte processual do Estatuto de Roma

Em relação às disposições sobre o procedimento dos casos levados ao TPI, Hans-Jörg Behrens esclarece que, durante as discussões do Estatuto, procurou-se criar um processo

viável e que fosse, ao menos, aceitável para todos os participantes. Para tanto, em vez de utilizar os termos já conhecidos, mas que trazem definições internas diferenciadas, preferiu-se descrever cada categoria tratada para dar tratamento uniforme, o que permitiu o acordo virtual de todas as delegações participantes (BEHRENS, 1999, p. 312).

7.1 Promotor

É o órgão com atribuição para exercitar a ação penal perante o TPI. De acordo com o Estatuto, é órgão independente (art. 15) encarregado de receber, por qualquer forma idônea, *notitia criminis* sobre os crimes da competência do órgão internacional, podendo realizar investigações *ex officio* também (BORGES, 2003, p. 126-127).

Dessa forma, ao receber a comunicação ou informação, o promotor irá examinar, investigar o fato e poderá propor a ação penal junto ao tribunal (MEDEIROS, 2000, p. 10). Deve se verificar que o promotor tem o dever de investigar tanto no caso de estar diante de uma circunstância incriminante como eximente da responsabilidade (BEHRENS, 1999, p. 313).

Cabe ressaltar que, para iniciar a investigação, deve o Ministério Público requerer antes à Câmara de Questões Preliminares (PEREIRA, 2005, p. 103). Ademais, existem direitos dos indivíduos submetidos à investigação (art. 55).

Em contraposição ao que ocorre no Brasil e em outros países, o Ministério Público no TPI faz parte da estrutura dessa corte; não sendo órgão externo ao Poder Judiciário, mas que existe por necessidade de manter o equilíbrio entre acusação, defesa e órgão julgador (HUSEK, 2004, p. 241).

7.2 Procedimento

De acordo com os artigos 12 e 13 do estatuto, o início do procedimento perante o TPI pode se dar por meio de:

7.2.1 Pedido de um Estado-parte ou a pedido do promotor

Em ambos os casos, a corte apenas terá competência se os fatos forem cometidos no território de um Estado-parte, se o presumido autor é nacional de um Estado-parte ou se o Estado, ainda que não tenha ratificado o Estatuto, tenha dado o seu consentimento expresso.

7.2.2 Iniciativa do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (ONU)

O tribunal terá competência, ainda que o Estado não seja parte e ainda que não dê o consentimento (BORGES, 2003, p. 142-143). Para tanto, é necessário o consenso dos cinco membros permanentes. Apenas nos casos de manutenção ou o restabelecimento da paz (Capítulo VII) e recebido o pedido da análise de crime de sua competência, o tribunal realiza um juízo de admissibilidade do caso por meio da Corte de Questões Preliminares, em razão da sua atuação complementar, não atuando nos casos analisados pelo Poder Judiciário do Estado-membro (PEREIRA, 2005, p. 122-125).

No curso da análise do caso pela Corte de Questões Preliminares, pode ser decretada a prisão provisória do acusado, desde que haja requerimento do promotor e presentes os requisitos: fundamentos razoáveis de que o agente tenha cometido o delito; necessidade da prisão, para assegurar o comparecimento aos atos do TPI; e investigação isenta de qualquer perigo, para evitar que o agente continue a praticar delitos.

Decretada a prisão, o Estado irá realizar a entrega do acusado - arts. 58-60. Posteriormente, a Corte de Questões Preliminares irá realizar uma audiência para confirmar as acusações. Exige-se a presença do acusado e do promotor nesse ato processual (BEHRENS, 1999, p. 317). Mas o acusado pode se negar a estar presente, e a audiência ocorrerá à sua revelia, sendo ele representado por um defensor nos seguintes casos: renúncia ao direito de estar presente; ou fuga, sem ser encontrado.

José Ribeiro Borges (2003, p. 153) afirma que, apesar de o Estatuto recusar o julgamento à revelia do réu, pode ocorrer casos em que o ato processual seja realizado sem a participação do acusado. Contudo, tal fato fere o princípio da defesa.

Na audiência, as partes podem apresentar provas: a acusação irá comprovar documentalmente a imputação; e o indivíduo poderá questionar a acusação e refutar a imputação. Por fim, a corte irá decidir no sentido de confirmar ou não as acusações. Essa primeira fase do processo judicial termina com uma sentença de pronúncia ou impronúncia do acusado e, depois, há a fase do julgamento em si (COMPARATO, 2006, p. 466).

Durante o julgamento realizado pela Câmara de Primeira Instância, o réu estará presente, salvo se perturbar continuamente o julgamento.

Caso o acusado se declare culpado, será seguido um rito especial. A corte irá verificar se a confissão foi feita de forma voluntária, se o réu compreende as consequências de seu ato e se existe prova que dê suporte a essa confirmação. Nesse caso, a câmara poderá condenar o acusado ou entender que não estão presentes os requisitos e continuar o julgamento (BEHRENS, op. cit., p. 319-320).

Sobre esse procedimento, deve se questionar a possibilidade de se submeter o acusado a um julgamento abreviado, no caso de confissão da prática delitiva sem prosseguimento do julgamento (PEREIRA, 2005, p. 134). Tal prática revela a importância da confissão no processamento pelo TPI. Pode, inclusive, se subtrair ao devido processo legal, mas que, diante de direitos indisponíveis, não deveria ser permitida tal abreviação procedimental.

Caso não seja caso do procedimento especial em razão da confissão, serão produzidas as provas orais, com a oitiva de vítimas e testemunhas, bem como outras provas requeridas pelas partes. Com isso, será proferida a decisão que deve ser fundamentada (art. 74.2), podendo o réu ser condenado a reparar as vítimas também (art. 75). São cabíveis recursos pelas partes da sentença proferida pela corte (art. 81).

No caso de sentença condenatória do TPI, não há necessidade de homologação pelo órgão brasileiro competente para ser executada (STJ), até porque não se trata de sentença de outro Estado, mas sim de decisão de uma corte da qual o Brasil faz parte (HUSEK, 2004, p. 244).

7.3 Individualização das penas

No artigo 77, estão previstas a pena privativa de liberdade de até 30 anos ou a prisão perpétua, vez que os crimes previstos no Estatuto não possuem preceito secundário, sendo necessário se valer dessa cláusula geral (BORGES, 2003, p. 166).

Claus Kreß assevera que tal disposição decorreu em razão de, na fase preparatória da conferência, ter se evidenciado a impossibilidade da imposição de penas específicas para cada um dos crimes do Estatuto, de forma que foi fixada essa lista de penas para todos os delitos (KREB, 2000, p. 127).

Apesar de prever a necessidade de se observar a gravidade do crime e as circunstâncias pessoais do condenado (art. 78.1), bem como algumas causas atenuantes e agravantes (arts. 78), a falta de parâmetros mínimos e máximos aos crimes em comento, assim como a possibilidade de se aplicar a pena de prisão perpétua, ofendem o princípio da individualização da pena, do mesmo modo que a vedação de tal pena dentro do ordenamento jurídico. Assim, todos os que cometerem crimes diferentes previstos no Estatuto poderão, em tese, receber a mesma pena, sem que exista uma avaliação prévia do legislador internacional sobre a gravidade em abstrato dos delitos.

7.4 Revisão da sentença

Art. 84. Apenas poderá ocorrer a revisão por pedido do condenado, ou, se ele falecer, pelo seu cônjuge, ascendente, descendente, ou procurador dirigido à Câmara de Apelações no caso de decisão definitiva e desde que: existam novas provas: a) não disponíveis à época do julgamento, b) que possam ser atribuídas à parte que houver requerido a revisão, ou c) que possam influir no julgamento da causa; haja a constatação de que a prova na qual fundou o julgamento era falsa; o juiz que atuou no caso praticou grave desvio de conduta ou grave descumprimento de suas funções (BORGES, 2003, p. 163-165).

7.5 Crimes

Os crimes previstos no Estatuto de Roma são tipos de forma livres, que permitem a prática do delito sem uma vinculação específica com descrição minuciosa prevista no tipo penal, “estabelecendo tão só a relação de causalidade que liga a ação ao resultado” (BORGES, 2003, p. 255).

A competência para os crimes é fixada de acordo com a matéria (*ratione materiae*), isto é: apenas para o processo e julgamento dos crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão.

8 Conclusão

A construção de um Direito Penal Internacional deve considerar, mas também se desligar dos ordenamentos jurídicos de cada país, sob pena de se tornar inviável em razão das diferenças existentes entre os Estados-membros, principalmente os sistemas jurídicos da *commom law* e da *civil law*.

Por outro lado, a ratificação de tratados que versem sobre o tema pelo Brasil deve ser algo pensado, e não apenas fruto de uma vontade política externa do governante que está no poder, sob pena de trazer conflitos de difícil solução internamente.

Em relação às disposições do Estatuto de Roma, verificamos que a sua defesa é feita em grande parte pelos doutrinadores de direitos humanos, os quais inexplicavelmente lutam pela proteção dos direitos fundamentais das vítimas dos crimes contra a humanidade, mas acabam se esquecendo de garantir os mesmos direitos aos agentes provocadores de tais ofensas. Que tais lesões são graves não se questiona, mas há de se examinar se é razoável e justificável restringir várias garantias e até configurar o acusado como inimigo no âmbito internacional.

Quanto às disposições relativas ao Direito Penal, verifica-se a necessidade de estudo sobre as disposições da responsabilidade individual, no sentido de depurar os conceitos, o que facilitará a sua aplicação.

INTERNATIONAL PENAL LAW

ABSTRACT: The present work makes an analysis of the international criminal law, the International Criminal Court, focusing the opposition between the Rome Statute and the Constitution, as well in the end will be studied the procedure for punishing a person by the International Criminal Court.

KEYWORDS: Criminal law; International Criminal Court; Rome Statute, criminal responsibility.

Referências

AMBOS, Kai. *A parte geral do Direito Penal internacional: bases para uma elaboração dogmática*. São Paulo: RT, 2008.

_____. La construcción de una parte general del Derecho Penal Internacional. In: AMBOS, Kai Ambos et al. (Ed.) *Temas actuales del Derecho Penal Internacional: Contribuciones de América Latina, Alemania y España*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

_____. *Principios generales de Derecho Penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

_____. Os princípios gerais de Direito Penal no Estatuto de Roma. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Org.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: RT, 2000.

BADARÓ, Gustavo. O anteprojeto de lei de adaptação da legislação brasileira ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional: tramitação e questões constitucionais polêmicas. In: AMBOS, Kai Ambos et al. (Ed.) *Temas actuales del Derecho Penal Internacional: contribuciones de América Latina, Alemania y España*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

BEHRENS, Hans-Jörg. Investigación, juicio, apelación. *El proceso penal en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: el estatuto de Roma de la Corte Internacional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

BORGES, José Ribeiro. *Tribunal penal internacional: influência dos direitos humanos na sua criação; estrutura e composição; aspectos penais e processuais penais*. Tese de doutorado em Direito Processual Penal, PUC-SP, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRAMMER, Cristoph. *El sistema del Estatuto de Roma como fuerza motriz del derecho penal internacional: El inesperado éxito del Estatuto de Roma en América Latina*. In: AMBOS, Kai Ambos et al. (Ed.) *Temas actuales del Derecho Penal Internacional: Contribuciones de América Latina, Alemania y España*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de Direito Internacional Público*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2004.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do Direito Penal*. São Paulo: 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: Câmara dos Deputados, 2000.

KREB, Claus. *Penas, execução e cooperação no Estatuto para o Tribunal Penal Internacional*. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Org.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: RT, 2000.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *Para uma melhor compreensão do papel do Tribunal Penal Internacional*. In: *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2000.

MIRANDA, Nilmário. *Apresentação*. In: *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2000.

PEREIRA, Rui Baracat Guimarães. *A presunção de inocência no Tribunal Penal Internacional*. Dissertação de mestrado em Direito, PUC-SP, 2005.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PRIZON, Leisa Boreli. *Tribunal Penal Internacional: prevalência dos direitos humanos e o aparente conflito com a Constituição Federal brasileira*. Dissertação de mestrado em Direito Penal, PUC-SP, 2008.

RAMOS, André de Carvalho. *O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição brasileira*. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Org.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: RT, 2000.

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: Câmara dos Deputados, 2000.