

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: DOS IMPASSES ENTRE TRADIÇÕES AOS CONFLITOS COM A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Raquel Lima Scalcon *

Resumo: Por meio do presente artigo, pretende-se investigar as possíveis influências das tradições de *Common Law* e de *Civil Law* no texto do Estatuto de Roma, bem como os eventuais conflitos de seus dispositivos com a Constituição brasileira. Inicialmente são sugeridas algumas diferenças fundamentais entre tais sistemas, para, a seguir, tentar classificar determinados artigos do Estatuto como *herdeiros* de uma ou de outra tradição. Após, considerando a tendência contemporânea de harmonização, tanto das tradições, quanto do direito internacional com o direito interno dos países, passa-se a procurar potenciais conflitos entre o texto do Estatuto de Roma e a Constituição brasileira. Como conclusão, defende-se, de um lado, a impossibilidade de indicar com precisão, ao menos até o momento, a prevalência de uma única tradição no Tribunal Penal Internacional, e sugere-se, de outro, a existência de irreconciliáveis conflitos entre certos dispositivos do Estatuto e os da Constituição do Brasil.

Palavras-Chave: Tribunal Penal Internacional – Estatuto de Roma – Impasse entre tradições – Influências do *Common Law* – Influências do *Civil Law* – Conflitos com a Constituição brasileira.

* Doutoranda em Direito Penal pela UFRGS. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Graduada pela Faculdade de Direito da UFRGS, onde foi Professora Substituta de Direito Penal e Criminologia de março de 2012 a julho de 2013. Membro do IBCCRIM e do CONPEDI.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: FROM THE TRADITIONS IMPASSES TO THE CONFLICTS WITH THE BRAZILIAN CONSTITUTION

Abstract: This paper aims at investigating the possible influences of the Common Law and the Civil Law traditions over the Rome Statute, as well as the conflicts of their provisions and the Brazilian Constitution. For such purpose, fundamental differences between both systems are initially proposed, followed by an attempt to classify certain articles of the Statute as inheritors of a tradition or another. Considering the contemporary trend of harmonization of traditions, and of international law with the law of the country, then possible conflicts between the text of the Rome Statute and the Brazilian Constitution are looked for. Finally, it is argued, on the one hand, the impossibility of accurately indicate the prevalence of a single tradition in the International Criminal Court, and it is suggested, on the other hand, the existence of irreconcilable conflicts between certain provisions of the Statute and the Constitution of Brazil.

Keywords: International Criminal Court – Rome Statute – Impasses of traditions – Common Law influence – Civil Law influence – Conflicts with the Brazilian Constitution.

INTRODUÇÃO



presente artigo tem por objeto de estudo, em sentido amplo, o Estatuto de Roma, ou seja, o conjunto de dispositivos que criou e deu contornos à primeira jurisdição penal internacional *permanente* da história. Considerando que há tanto países da tradição de *Common Law*, quanto da de *Civil*

Law integrando o Tribunal Penal Internacional, o problema objeto de investigação pode ser assim enunciado: da *leitura do texto* do Estatuto de Roma, é possível depreender a prevalência de uma das tradições¹? Tentar responder a tal questionamento é, pois, uma das razões deste escrito.

Todavia, é importante destacar, desde logo, que o exame acerca do *predomínio* das tradições será realizado a partir da análise da *redação* de determinados artigos, isto é, do *texto* de disposições pré-selecionadas do Estatuto. Por conseguinte, não serão utilizadas, para tanto, as ainda escassas decisões já proferidas pelo Tribunal, as quais poderiam indicar as *normas* que têm sido extraídas mediante a interpretação dos correlatos *textos* estatutários². Em realidade, a intenção é bem mais humilde: quer-se apenas verificar, tendo por critério a *redação* dos artigos e os *sentidos possíveis* a eles atribuíveis (*normas*), mas ainda não o sentido *eleito* pela Corte (*decisões judiciais*), de qual das grandes tradições são eles *herdeiros*.

Para tal desiderato, far-se-á uso do Direito Comparado, que, segundo Delmas-Marty, não é *um corpo de leis prescritivo*, mas sim *um método cognitivo*³. Noutras palavras, a partir dele se pode observar, descrever e conhecer os grandes sistemas jurídicos, contatando suas semelhanças e apontando suas diferenças⁴. Somente de forma subsidiária – e após bem conhe-

¹ Consoante Tupinambá Pinto de Azevedo, o “direito internacional penal coloca em confronto *civil law* e *common law*” (AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. Prefácio. In: CANATO, Mônica Aparecida. *O princípio da Legalidade no Direito Penal Internacional*. Porto Alegre: Norton Editores, 2011, p. 15).

² Consoante adverte Humberto Ávila, não há que se confundir *texto* e *norma*: “*normas* não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos” (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 30).

³ DELMAS-MARTY, Mireille. Comparative Criminal Law as a Necessary Tool for the application of International Criminal Law. In: CASSESE, Antonio (Org.). *The Oxford Companion to International Criminal Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 97.

⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. Comparative Criminal Law as a Necessary Tool...

cer os sistemas –, é que o Direito Comparado pode exercer uma atividade *prescritiva*, isto é, de valoração dos contornos dados aos institutos jurídicos em cada uma das tradições, de modo a eleger a *melhor* delas e sugerir a harmonização a partir desse modelo.

Assim, o sentido de empregar o método do Direito Comparado nos limites desta investigação não se resume a descobrir as influências de cada uma das tradições na redação de artigos que compõe o Estatuto (*função descritiva do método comparado*). Para além disso, quer-se perquirir acerca da possibilidade de elaboração de uma *gramática comum*⁵ capaz de guiar a interpretação e a aplicação do Direito Internacional Penal tanto no âmbito do TPI, quanto no das jurisdições internas dos Estados membros (*função prescritiva do método comparado*).

Por tal razão, considera-se essencial analisar as reais possibilidades de *harmonização* e de *integração (hibridismo)* entre as tradições presentes nos dispositivos do Estatuto de Roma e as normas da Constituição brasileira, perguntando se não há, entre certos artigos, conflitos *irreconciliáveis*. Dar conta também dessa questão é, logo, o outro problema objeto de pesquisa, cuja resposta, todavia, depende em parte dos resultados encontrados quando do exame do primeiro problema formulado.

Dessa forma, a relação de prejudicialidade⁶ existente entre tais problemas de pesquisa naturalmente tem como efeito a exigência de uma certa ordem de análise, a qual se reflete no plano de exposição deste artigo. Assim, o presente trabalho está dividido em duas grandes partes: a primeira dedica-se a examinar a questão das influências de tradições no Estatuto de Roma. Para tanto, inicia-se sugerindo algumas diferenças fun-

op. cit., p. 97.

⁵ Ver ZAPATERO, Luis Arroyo. A harmonização internacional do Direito Penal: ideias e processos. [Recurso Eletrônico - RT Online]. *Revista brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 84, mai. 2010, p. 11-2 e DELMAS-MARTY, Mireille. *Comparative Criminal Law as a Necessary Tool...*, op. cit., p. 101.

⁶ Isto é, esta determina o *modo de ser* daquela.

damentais entre o *Common Law* e o *Civil Law*. Após, passa-se a verificar o predomínio de ambas as tradições no âmbito tanto das regras de direito material, quanto das de direito processual que integram o Estatuto.

Já na segunda parte do artigo, investiga-se a existência de conflitos entre as disposições do Estatuto e a Constituição brasileira, a partir de três campos: (i) incompatibilidades no âmbito das sanções; (ii) incompatibilidades prescricionais e (iii) incompatibilidades no âmbito probatório (o problema da admissão de prova ilícita).

1 INFLUÊNCIAS DO *COMMON LAW* E DO *CIVIL LAW* NO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

1.1 DIFERENÇAS FUNDAMENTAIS DE TRADIÇÕES

É comum, em inúmeros textos doutrinários, a ideia de que a diferença fundamental entre o *Common Law* e o *Civil Law* reside respectivamente no predomínio do *caso* versus o predomínio da *codificação*. Tal distinção, embora importante, é, conforme refere Fletcher, demasiadamente superficial e até mesmo ultrapassada⁷. Muito além da questão de onde se *encontra* o Direito em cada sistema, existem certos padrões transnacionais que também são relevantes, pois permitem (re)construir, com maior complexidade, a *identidade* de tais tradições concorrentes.

O primeiro deles, segundo Fletcher, reside no campo da *formação jurídica* (*legal education*). Enquanto no *Common Law* a preocupação é desenvolver, nos estudantes, habilidades no campo da argumentação jurídica (retórica), de modo que sejam capazes de defender diversos pontos de vista em uma

⁷ FLETCHER, George P. The influence of the Common Law and Civil Law Traditions on International Criminal Law. In: CASSESE, Antonio (Org.). *The Oxford Companion to International Criminal Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 104.

mesmo caso jurídico, já no Sistema Continental a intenção é a de capacitá-los a encontrar *a resposta correta (the right answer)* para o caso sob exame⁸. Logo, no *Common Law* a formação está bastante orientada ao exercício futuro da *advocacia*; no *Civil Law*, ao da *magistratura*.

Outra relevante diferença poderia ser observada no *valor* atribuído à Doutrina e aos Professores, notadamente superior no âmbito da *Civil Law*. Consoante refere Fletcher, a autoridade conferida a pensadores como Pothier (Sistema continental francês), Welzel e Roxin (Sistema continental germânico) somente pode ser comparada à importância dada a grandes juízes da *Common Law*, como Oliver Holmes. Com exceção de áreas como *Direito Constitucional* e *Direito Internacional*, na qual pensadores são extremamente respeitados – e citados – pela Suprema Corte dos EUA (Blackstone, por exemplo), nas demais áreas a *Doutrina* é considerada nada mais do que uma fonte do Direito de *menor autoridade*⁹.

Para os fins da presente investigação, é importante, ainda, atentar para uma última distinção proposta por Fletcher, desta vez no interior do *Civil Law*: o modelo germânico *versus* o modelo francês. Segundo o autor, enquanto este influenciou bastante os demais países da tradição continental no campo do *Direito Privado*, já aquele é bastante seguido no âmbito do *Direito Constitucional* e, fundamentalmente, do *Direito Penal*¹⁰. Logo, é a teoria do delito *alemã* a mais difundida e a mais influente mundialmente, o que decorre, em grande medida, da sua abordagem altamente acadêmica e sistemática.

No entanto, Fletcher faz a seguinte afirmação, ao tratar da presença das tradições no Estatuto de Roma: “o modelo

⁸ FLETCHER, George P. The influence of the Common Law and Civil Law Traditions on International Criminal Law, op. cit., p. 104-5.

⁹ FLETCHER, George P. The influence of the Common Law and Civil Law Traditions on International Criminal Law, op. cit., p. 105.

¹⁰ FLETCHER, George P. The influence of the Common Law and Civil Law Traditions on International Criminal Law, op. cit., p. 105.

germânico, com influência em todo o mundo, parece não ter tido impacto algum”¹¹. Seria realmente assim? Alguém poderia imediatamente apontar o fato de que se trata de um *Estatuto* e, portanto, de uma diploma *escrito*, que inclusive tipificou, com detalhes, crimes internacionais e que, além disso, se preocupou insistentemente o Princípio da Legalidade¹² nos moldes da tradição do *Civil Law* (basta ver os artigos 22, 23 e 24). Todavia, essa seria, sem dúvida, uma leitura muito apressada¹³. As aparências enganam e Fletcher possui mais razão do que pode, à primeira vista, parecer.

1.2 VERIFICAÇÃO DA PRESENÇA DAS TRADIÇÕES EM REGRAS DE DIREITO MATERIAL DO ESTATUTO DE ROMA

Em primeiro lugar, lembra-se que apenas alguns artigos serão selecionados e submetidos a exame, pois a análise de todos seria inviável dadas as proporções deste ensaio. Pontuado isso, é necessário também esclarecer o que se entende, nos limites deste estudo, por normas de direito *material* no âmbito do Estatuto de Roma: assim serão compreendidas aquelas referentes à configuração do delito e de suas consequências (teorias da ação, tipicidade objetiva e subjetiva, ilicitude, culpabilidade, sanções, causas de extinção de punibilidade etc).

¹¹ FLETCHER, George P. The influence of the Common Law and Civil Law Traditions on International Criminal Law, op. cit., p. 105.

¹² Segundo Claus Kreß, “a inédita ênfase no princípio da legalidade não deve ter seu valor diminuído em razão do fato de muitas tipificações realizadas pelo Estatuto de Roma serem, todavia, vagas em vários aspectos” (KREß, Claus. The International Criminal Court as a Turning Point in the History of International Criminal Justice. In: CASSESE, Antonio (Org.). *The Oxford Companion to International Criminal Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 146).

¹³ Para uma crítica à conformação do *Princípio da Legalidade* no Estatuto de Roma, ver MOCCIA, Sergio. O Tribunal Penal Internacional: os perfis da legalidade. [Curso Eletrônico RT Online]. *Revista brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 47, mar. 2004, p. 2ss.

1.2.1 DA AUSÊNCIA DE DIFERENCIAÇÃO ENTRE JUSTIFICANTES (EXCLUSÃO DE ILICITUDE) E EXCULPANTES (EXCLUSÃO DE CULPABILIDADE) – INFLUÊNCIA DO *COMMON LAW*

Um exame atento do artigo 31 do Estatuto de Roma permite verificar que ele disciplina causas de “exclusão da responsabilidade criminal”. A primeira delas, prevista na alínea *a*, trata de hipótese de inimputabilidade por doença mental. A segunda, prevista na alínea *b*, também apresenta situação de ausência de imputabilidade por embriaguez involuntária, ressaltada, todavia, a hipótese de *actio libera in causa*¹⁴. Já a alínea *c* descreve hipótese de exclusão de ilicitude por legítima defesa própria ou de terceiro e, finalmente, a alínea *d* trata de inexigibilidade de conduta diversa (coação moral irresistível).

Aquele que ler o artigo e as respectivas alíneas, perceberá que em nenhuma delas há qualquer referência a expressões como “exclusão de ilicitude” ou “exclusão de culpabilidade”. Noutras palavras, todas, indistintamente, seriam hipóteses, segundo o Estatuto, de *exclusão de responsabilidade criminal*. Como bem se sabe, a distinção entre justificantes e exculpantes, que consta expressamente no Código Penal Alemão¹⁵, foi elaborada pela teoria do delito germânica, especialmente a partir das mudanças propostas pela Escola *Neokantista*¹⁶ ou Neoclássica do delito (com destaque para a teoria normativa da

¹⁴ Conforme Figueiredo Dias, a *actio libera in causa*, ou seja, a inimputabilidade dolosa ou culposamente provocada pelo agente, pode ser interpretada tanto como *antecipação* do momento de apreciação da imputabilidade (modelo de exceção), quanto como *início* da execução do fato, que começaria já quando o agente se coloca em estado de embriaguez (modelo do tipo) (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*. Parte Geral. 1. ed. brasileira; 2. ed. portuguesa. São Paulo: Coimbra Editora e RT, 2007. Tomo I, p. 588-9).

¹⁵ Enquanto o artigo 34 fala em estado de necessidade justificante, o artigo 35 apresenta hipótese de estado de necessidade exculpante.

¹⁶ Para uma definição de *Neokantismo*, ver SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropria*. Traduzido por Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2009, p 51.

culpabilidade de Reinhard von Frank¹⁷), quando então o conceito analítico de crime cresceu em complexidade.

Todavia, é na tradição do *Common Law* que se costuma indistintamente tratar tais hipóteses como causas de exclusão de responsabilidade. Sendo assim, o Estatuto de Roma, em seu artigo 31, parece, pois, ser herdeiro do *Common Law*. É claro que os doutrinadores e os próprio juízes do TPI podem, com o tempo, desenvolver e aplicar a distinção entre justificante e exculpante¹⁸. O artigo, em si, tem porosidade suficiente para receber tal aprofundamento teórico. Se ele vai ocorrer, só o tempo dirá.

1.2.2 DA (CON)FUSÃO ENTRE *ERRO DE TIPO* E *ERRO DE PROIBIÇÃO* – INFLUÊNCIA DO *COMMON LAW*

O artigo 32 do Estatuto de Roma disciplinou os institutos do *erro de fato* (*mistake of fact*) e *erro de direito* (*mistake of law*). De imediato, pode-se observar que tal dispositivo já se apresenta ultrapassado em relação ao desenvolvimento da teoria do delito alemã, que desde longa data verificou sua inconsistência, substituindo-os pelos conceitos de *erro de tipo* e *erro de proibição*, consoante as razões a seguir expostas.

Segundo relata Assis Toledo, a distinção entre *error facti* e *error iuris*, de remota origem romana (*Digesto*), considerava aquele escusável e este, inescusável¹⁹. Todavia, com o advento da culpabilidade normativa (Frank), quando então o elemento *consciência da ilicitude* passou a integrar a culpabilidade, e não mais o dolo, tal diferenciação revelou-se insustentável. Isso porque muitas situações interpretadas como *erro de direito* e,

¹⁷ Especialmente a partir da obra *Über den Aufbau des Schuldbegriffs* (“Sobre a estrutura do conceito de culpabilidade”, 1907).

¹⁸ FLETCHER, George P. *The influence of the Common Law and Civil Law Traditions on International Criminal Law*, op. cit., p. 106.

¹⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 267.

logo, inescusáveis, consubstanciavam-se em verdadeiras faltas de consciência da ilicitude da conduta²⁰. Ora, se a própria culpabilidade seria afastada pela ausência de compreensão da ilicitude, então o *erro de direito* (que nada mais é do que a falta da consciência da ilicitude) não mais poderia ser inescusável.

Com isso, abriu-se caminho para a superação da distinção *error facti* e *error iuris*, que ainda teimava em tentar separar, com precisão, o *fático* do *jurídico*, passando-se a trabalhar com erros incidentes sobre os próprios elementos do crime: *erro de tipo* (*Tatbestandsirrtum*) e *erro de proibição* (*Verbotsirrtum*)²¹. Aquele é, segundo Welzel, um “desconhecimento de uma circunstância objetiva do fato pertencente ao tipo penal”²², excluindo o próprio dolo do tipo, quando inevitável, mas possibilitando a punição a título culposo, quando evitável e desde que o tipo penal apresente tal modalidade. Já o *erro de proibição* é, conforme Welzel, “um erro sobre a ilicitude do fato”²³, excluindo a culpabilidade, por ausência de compreensão da ilicitude, quando inevitável, e atenuando a censura, quando evitável.

Pois bem, retornando-se ao artigo 32 do Estatuto de Roma, observa-se que, além de utilizar a distinção superada entre *erro de fato* e *erro de direito*, ele ainda dispõe que tanto um quanto o outro somente excluirão a responsabilidade criminal do agente quando eliminarem “o dolo requerido pelo crime” (*the mental element required by the crime*). Tem-se, pois, um duplo problema: (i) uma equiparação entre tais modalidades de

²⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, op. cit., p. 267.

²¹ Conforme Welzel, “erro de fato e erro de direito, de um lado, e erro de tipo e erro de proibição, de outro, são [...] conceitos totalmente diferentes” (WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman*. 11.ed. alemã. 4.ed. castelhana. Traduzido por Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 197).

²² WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman*, op. cit., p. 197. Sobre o ponto, ver também a definição apresentada por Claus Roxin (*Derecho Penal*. Parte General. Traduzido por Diego-Manuel Peña; Miguel Diaz Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2008, tomo I, p. 458 ss).

²³ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman*, op. cit., p. 196. Ver também ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, op. cit., p. 866 ss).

erro; (ii) a exigência, também no âmbito do *erro de direito*, da ausência de dolo. Ora, para a teoria do delito alemã, não só a questão do dolo é irrelevante para a verificação do *erro de proibição*, como também a conduta do agente, mesmo em erro sobre a ilicitude do fato, será, sim, *dolosa*. É apenas a consciência da ilicitude, elemento da culpabilidade, que é afetada.

Sendo assim, parece claro que também neste artigo a teoria do delito alemã (a qual orienta o Direito Penal da maioria dos países de *Civil Law*) foi solenemente ignorada, prestigiando-se as compreensões típicas do *Common Law*.

1.2.3 ABERTURA DO ESTATUTO DE ROMA PARA QUESTÕES FILOSÓFICAS (*NATUREZA DA AÇÃO E TEORIAS DA CAUSALIDADE*) – INFLUÊNCIA DO *CIVIL LAW*

Finalmente, observa-se que o Estatuto deixa bastante abertas questões de ordem filosófica, como *conceito de ação humana* e *causalidade*. Para Fletcher, não se cometeu o erro de tentar definir institutos tão complexos em poucas linhas, permitindo-se que a academia discuta tais temas e apresente sugestões somente após o tempo de reflexão necessário²⁴. Os juízes do TPI deverão, portanto, utilizar-se da melhor doutrina para proceder às decisões, conferindo-lhes valor e autoridade, o que, segundo Fletcher, é característico do *Civil Law*²⁵. No *Common Law*, como foi visto, a doutrina é, tradicionalmente, uma fonte de menor autoridade.

1.3 VERIFICAÇÃO DA PRESENÇA DAS TRADIÇÕES NAS REGRAS DE DIREITO PROCESSUAL DO ESTATUTO DE ROMA

²⁴ FLETCHER, George P. The influence of the Common Law and Civil Law Traditions on International Criminal Law, op. cit., p. 107.

²⁵ FLETCHER, George P. The influence of the Common Law and Civil Law Traditions on International Criminal Law, op. cit., p. 107.

Novamente, lembra-se que apenas alguns artigos serão selecionados e submetidos a exame, pois a análise de todos seria inviável diante das singelas proporções deste artigo. Dito isso, é necessário agora aclarar o que se entende, nos limites deste estudo, por normas de direito *processual* no âmbito do Estatuto de Roma. Serão compreendidas, exclusivamente para fins didáticos, como normas de direito processual aquelas referentes ao processo como um todo, ainda que importem em *restrição a direitos fundamentais* (condições da ação penal, prova, nulidades, recursos, prisões processuais etc)²⁶.

1.3.1 DO REGRAMENTO DA ADMISSÃO DE PROVA ILÍCITA – INFLUÊNCIA DO *CIVIL LAW*

A admissão da prova está disciplinada no artigo 69(7), *a* e *b*, do Estatuto de Roma, o que merece integral transcrição:

Art. 69(7). Não serão admissíveis as provas obtidas com violação do presente Estatuto ou das normas de direitos humanos internacionalmente reconhecidas quando:

- a) Essa violação suscite sérias dúvidas sobre a fiabilidade das provas; ou
- b) A sua admissão atente contra a integridade do processo ou resulte em grave prejuízo deste.

Da leitura do dispositivo, observa-se que a *regra* é a admissibilidade de provas obtidas com violação às normas do Estatuto e às de Direitos Humanos, salvo em *duas* hipóteses, as quais constam nas alíneas *a* e *b*. Dito de outro modo, poder-se-ia ler o referido artigo da seguinte forma: “*serão* admissíveis as provas obtidas com violação do presente Estatuto ou das nor-

²⁶ Ressalta-se que a classificação de determinada norma como de direito material ou processual apresenta especial relevância no âmbito criminal em razão da proibição de retroação de norma *penal*, salvo se mais benéfica. Já se defendeu em outra oportunidade que toda norma (independentemente se penal ou processual) cujo conteúdo enseja uma *restrição a direitos fundamentais* não pode retroagir *in malam partem* (SCALCON, Raquel Lima. Fixação do valor mínimo do dano no CPP. Da interpretação teleológica à interpretação consequencialista? *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 18, vol. 219, p. 4-5, fev. 2011, p. 4).

mas de direitos humanos internacionalmente reconhecidas *salvo* quando [...]”.

Pois bem, a questão da notória abertura e receptividade do Estatuto em relação a provas obtidas por meios que o afrontam ou que afrontam Direitos Humanos, é, sem dúvida, demasiado preocupante. Conforme bem refere Danilo Knijnik, “no processo penal os fins não servem para justificar os meios, por isso que os meios – ou se se quiser, as formas – acabam por haurir uma dimensão quase substancial”²⁷. Ou, ainda, consoante Frederico Marques: “há insanável contradição entre processo errado e descoberta da verdade”²⁸.

De qualquer sorte, frisa-se que, quando se afirma, no título desta subseção, que o artigo sob exame aproxima-se mais do sistema de *Civil Law* do que de *Common Law*, não se está de modo algum imputando os deslizes verificados em sua redação àquela tradição. O juízo realizado foi apenas comparativo, entendendo-se que o dispositivo 69(7) do Estatuto de Roma possui mais semelhanças – mas não *plena* semelhança – com o modelo de admissão de prova comumente encontrado no Direito Continental (especialmente no Direito alemão – *Beweisverbot*) do que com aquele desenvolvido pelo *Common Law* (especialmente o modelo da Suprema Corte dos EUA – *exclusionary rules*).

Naturalmente, ambos os sistemas *repelem* provas ilícitas²⁹. Todavia, tal inadmissibilidade decorre de fundamentos distintos em cada modelo, gerando, por tal razão, também exceções diversas. Enquanto o Direito alemão (*Beweisverbot*) trabalha com o postulado da *ponderação*³⁰ ao aplicar a proibi-

²⁷ KNIJNIK, Danilo. A “doutrina dos frutos da árvore venenosa” e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16-12-93. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 66, n. 66/61, p. 61-84, 1996, p. 64-5.

²⁸ MARQUES, José Frederico. *Estudos de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 258.

²⁹ KNIJNIK, Danilo. A “doutrina dos frutos da árvore venenosa”..., op. cit., p. 74.

³⁰ Classifica-se a ponderação como um postulado aplicativo normativo, nos termos teorizados por Ávila (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*. Da

ção de prova ilícita, excepcionando-a em casos de criminalidade grave, por exemplo, já o Direito norte-americano (*exclusionary rules*) mostra-se bem mais refratário à possibilidade de ponderação de direitos fundamentais envolvidos³¹. Noutras palavras, este modelo parte de uma concepção mais formalista e, portanto, mais rígida e menos propensa à exceções; aquele, de uma concepção mais principiológica e mais porosa ao apelo das circunstâncias do caso concreto.

Dessa forma, entende-se que a abertura ao caso concreto presente no artigo 69(7) do Estatuto, e sua conseqüente leniência com provas ilícitas, certamente decorrente da gravidade dos crimes internacionais³² (mas nem por isso justificada), apenas pode ser sustentada em um modelo que se funde na ponderação de interesses, direitos e bens jurídicos. Daí certamente a opção por um sistema semelhante ao verificado em países de *Civil Law*. Nesse contexto, a taxatividade analítica do modelo norte-americano parece, realmente, não encontrar eco³³.

1.3.2 DOS PODERES DO JUIZ: VERIFICAÇÃO DA CULPA E GESTÃO DA PROVA – INFLUÊNCIA DO *CIVIL LAW*

Em relação aos poderes e funções dos julgadores, merecem atenção dois pontos fundamentais: a verificação da culpa e a gestão da prova. Quanto à primeira questão, sabe-se que no modelo de *Common Law* há uma rígida separação entre o ato de sentenciar (*sentencing* – de competência do juiz) e a fase de verificação da culpa ou da inocência do acusado (*guilt/inocent*

definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 143 ss).

³¹ KNIJNIK, Danilo. A “doutrina dos frutos da árvore venenosa”..., op. cit., p. 74.

³² FLETCHER, George P. The influence of the Common Law and Civil Law Traditions on International Criminal Law, op. cit., p. 108.

³³ Naturalmente, está-se considerando investigações e processos penais que não ocorram no âmbito do *USA Patriot Act*, pois tal regramento, sem dúvida, é extremamente permissivo em relação à admissão da prova ilícita, a qual estaria supostamente justificada em nome da prevenção e do combate ao terrorismo.

phase – de competência do júri). Nesse sistema, o juiz simplesmente acata a decisão prévia dos jurados. Em casos de veredictos absolutórios, é inclusive vedado o apelo da acusação, o que demonstra um verdadeiro poder de veto do júri sobre o exercício do *ius puniendi* pelo Estado³⁴.

Analisando-se as disposições do Estatuto de Roma, observa-se que ambas as fases (e os poderes) estão concentradas na figura do julgador, nos termos do art. 64. Nesse sentido, a forma de condução do julgamento e a concentração de tais poderes aproxima-se do modelo de *Civil Law*. Ademais, a redação do art. 76(2) corrobora, segundo Fletcher, com tal conclusão, na medida em que admite a possibilidade de audiências adicionais quando necessário, deixando implícito que o *standard* é de um procedimento unificado, que em nada se assemelha, pois, às estanques fases processuais (*guilt phase* e *sentencing*) existentes nos países de *Common Law*³⁵.

Finalmente, também no que tange à disciplina da gestão da prova, o Estatuto parece incorporar o modelo de *Civil Law*, uma vez que confere ao julgador o poder de “ordenar a apresentação de provas adicionais às reunidas antes do julgamento ou às apresentadas no decurso do julgamento pelas partes”, nos termos do art. 65(6), *d*. Logo, em que pese o processo tenha início a partir de uma das partes (*princípio da demanda*), no caso, a acusação, o seu desenvolvimento decorre, em grande medida, de *impulso oficial*, conferindo-se amplos poderes de gestão e de intervenção ao julgador (basta ver o longo rol do art. 65 do Estatuto), características comuns a países da Europa Continental e daqueles por ela influenciados³⁶.

³⁴ FLETCHER, George P. The influence of the Common Law and Civil Law Traditions on International Criminal Law, op. cit., p. 108.

³⁵ FLETCHER, George P. The influence of the Common Law and Civil Law Traditions on International Criminal Law, op. cit., p. 109.

³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, n. 18, p. 15-26, jan./jul. 2005, p. 16.

Por sua vez, o modelo conhecido como *adversary system*, presente em sistemas jurídicos de *Common Law*, pode ser identificado pela preponderância conferida às partes tanto na produção da prova, quanto na condução do processo³⁷. Nas palavras de Fletcher, em tal modelo “acusação e defesa estão essencialmente no controle do julgamento”³⁸. Como referido, não parece ser esse o sistema incorporado pelo Estatuto de Roma, tendo em vista que a autoridade “suprema” do julgamento ainda reside na figura do juiz³⁹.

2 CONFLITOS ENTRE O ESTATUTO DE ROMA E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Conforme referido quando da introdução, muito mais do que utilizar o Direito Comparado para apenas constatar a presença das tradições do *Common Law* e do *Civil Law* no Estatuto (*finalidade descritiva*), o presente artigo está orientado à valoração de tais modelos e, especialmente, ao exame das reais possibilidades de construção de uma *gramática comum* (Fletcher) tanto entre as tradições concorrentes, quanto entre o Direito Internacional e o direito nacional dos Estados (*finalidade prescritiva*).

São duas as razões que conduzem à imprescindibilidade deste último juízo: (i) a inédita⁴⁰ prevalência das jurisdições

³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, n. 18, p. 15-26, jan./jul. 2005, p. 16.

³⁸ FLETCHER, George P. The influence of the Common Law and Civil Law Traditions on International Criminal Law, op. cit., p. 110.

³⁹ FLETCHER, George P. The influence of the Common Law and Civil Law Traditions on International Criminal Law, op. cit., p. 110.

⁴⁰ Segundo Fauzi Choukr e Kai Ambos, essa é uma mudança em relação a Tribunais anteriores, como o para a Antiga Iugoslávia e o de Ruanda, nas quais prevaleceu a jurisdição internacional (CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. Tribunal Penal Internacional: breve análise do Estatuto de Roma [Recurso Eletrônico]. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 92, jul. 2000. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/novo/boletim_artigo/724-Tribunal-Penal-Internacional-

nacionais⁴¹ na persecução dos crimes internacionais de competência da Corte⁴², que somente atuará quando estas comprovadamente “não tiver vontade de levar a cabo o inquérito ou o procedimento ou, não tenha capacidade para o fazer”, nos termos do art. 17, *a*, do Estatuto de Roma (*princípio da complementaridade*)⁴³; (ii) a ideia, tão bem relatada por Faria Costa, no sentido de que “se os crimes são contra a humanidade, se o território é global e se também a criminalidade altamente organizada se mostra global, então [...] a resposta não pode ser senão global e única”⁴⁴, isto é, harmonizada a partir da *hibridização* das normas penais e das instituições dos países⁴⁵.

Disso decorre não apenas a importância do exame proposto a seguir, mas principalmente a constatação de que, nessa

Breve-Analise-do-Estatuto-de-Roma> Acesso em: 30 abr. 2013, p. 2).

⁴¹ Conforme relatam Kirsch e Robinson, “uma área na qual se fizeram progressos significativos durante as negociações preparatórias foi a do princípio da 'complementaridade', que dispõe que o TPI deve exercer jurisdição quando os Estados não estiverem dispostos ou em condições de levar os infratores à justiça. Sendo assim, o Tribunal viria a complementar, e não a substituir, os sistemas jurídicos nacionais” (KIRSCH, Philippe; ROBINSON, Darryl. A construção do acordo na Conferência de Roma. In: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (Orgs.). *O Direito Penal no Estatuto de Roma: leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 23)

⁴² Krisztina Karsai, todavia, defende a existência de uma hipótese de competência originária “oculta” da Corte, a qual estaria disposta no art. 70 (1), que trata da competência do Tribunal – com preferência sobre as jurisdições nacionais, conforme diz o art. 70(4) – para conhecer e julgar infrações contra a sua Administração da Justiça (KARSAI, Krisztina. A competência originária oculta do Tribunal Penal Internacional: sobre o art. 70 do Estatuto de Roma [Recurso eletrônico - RT Online]. *Revista Ciência Penal*, São Paulo, vol. 9, jul. 2008, p. 4 ss).

⁴³ Utilizou-se a expressão “princípio da complementaridade” uma vez que a tradição assim já consagrou. Todavia, entende-se mais apropriada para descrever a competência do Tribunal Penal Internacional, que é residual, a locução “princípio da subsidiariedade”.

⁴⁴ FARIA COSTA, José Francisco de. O Direito Penal, a linguagem e o mundo globalizado. Babel ou esperanto universal? In: D’AVILA, Fabio Roberto (Org.). *Direito Penal e Política Criminal no Terceiro Milênio: perspectivas e tendências*. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2011, p. 23.

⁴⁵ ZAPATERO, Luis Arroyo. A harmonização internacional do Direito Penal..., op. cit., p. 11.

conjuntura, a pergunta que precisa ser feita é: considerando que cabe, como regra, às jurisdições *nacionais* realizar a persecução penais dos delitos referidos no Estatuto de Roma, isto é, dos delitos *internacionais*, como se poderá construir, mesmo frente às particularidades de tantas nações, respostas minimamente harmônicas, coerentes e comuns em relação a fatos análogos⁴⁶?

A questão em nada é simples. Há quem diga, inclusive, que antes de se perguntar acerca dos *meios* adequados para realizar tal convergência, é preciso valorar a própria conveniência de tantos esforços de aproximação. Consoante Faria Costa, o exercício do *ius puniendi* por cada país é reflexo da identidade e da cultura do seu povo, apresentando, por certo, inúmeras peculiaridades que o caracterizam e o distinguem dos demais Estados.

Entretanto, o jurista português percebe, não sem preocupação, um caminhar mais e mais firme em direção à padronização da resposta punitiva dos países, movimento que chama metaforicamente de “esperanto universal”⁴⁷, citando, como exemplo, o *Tribunal Penal Internacional*, o *mandado de detenção europeu* e a *teorização do direito penal do inimigo*⁴⁸. Em contrapartida, convoca, frente a isso, a uma luta por “babel”, isto é, a uma defesa do “direito que cada comunidade deve ter a poder construir a sua própria ordem jurídico-penal”⁴⁹.

No mesmo sentido, Delmas-Marty defende a necessidade

⁴⁶ DELMAS-MARTY, Mireille. Comparative Criminal Law as a Necessary Tool..., op. cit., p. 99.

⁴⁷ Faria Costa utiliza tal expressão no sentido de construção de uma linguagem universal (FARIA COSTA, José Francisco de. O Direito Penal, a linguagem e o mundo globalizado, op. cit., p. 23).

⁴⁸ FARIA COSTA, José Francisco de. O Direito Penal, a linguagem e o mundo globalizado, op. cit., p. 23.

⁴⁹ O jurista português utilizou-se metaforicamente do mito de Babel para caracterizar a pluralidade de línguas e da identidade de casa povo, enfatizando, pois, a importância da *particular* frente ao *universal* (FARIA COSTA, José Francisco de. O Direito Penal, a linguagem e o mundo globalizado, op. cit., p. 21).

de se “repelir o transplante de um modelo dominante, em favor de um hibridismo inspirado pelo pluralismo”, tendo consciência de que o seu limite se encontra no respeito às diferenças nacionais irreconciliáveis (*relativismo*)⁵⁰. É com esse espírito crítico que serão, a seguir, sugeridas algumas incompatibilidades normativas insuperáveis entre certas disposições do Estatuto de Roma e a normatividade da Constituição brasileira.

2.1. INCOMPATIBILIDADES NO ÂMBITO DAS SANÇÕES

2.1.1 PENA PERPÉTUA

Um dos problemas mais discutidos no âmbito dos prováveis conflitos entre o Estatuto de Roma e a Constituição brasileira é o referente à inserção da “prisão perpétua” no rol das sanções penais aplicáveis aos delitos de competência do TPI (art. 77), a qual se chocaria, frontalmente, com a vedação constitucional disposta no art. 5º, inciso XLVII, alínea *b*⁵¹. Muitos autores, todavia, entendem que tal leitura seria excessivamente apressada, tratando-se apenas de uma incompatibilidade aparente e, logo, de fácil superação.

Manifestando-se favoravelmente à possibilidade de (re)conciliar a vedação constitucional com a previsão estatutária, Fauzi Choukr apresenta, para tanto, os seguintes argumentos: (i) deve-se conferir primazia à norma constitucional que pugna pela criação de um Tribunal Internacional de Direitos Humanos (artigos 1º, inciso III, e 4º, incisos II, VI e VII); (ii) a prisão perpétua sequer possui tal natureza, em razão da cláusula de revisão obrigatória prevista no art. 110(3) do Estatuto, apresentando-se, ademais, como residual frente às demais pe-

⁵⁰ DELMAS-MARTY, Mireille. Comparative Criminal Law as a Necessary Tool..., op. cit., p. 103.

⁵¹ Art. 5º, inciso XLVII, da Constituição Federal: “não haverá penas: [...] *b*) de caráter perpétuo”.

nas e (iii) também a jurisdição internacional seria, em si mesma, subsidiária, tornando ainda mais improvável a aplicação de tal medida⁵².

Posicionando-se no mesmo sentido, Valério Mazzouli afirma se tratar de conflito aparente, uma vez que: (i) a proibição de pena perpétua prevista na Constituição dirige-se somente ao direito interno e não ao internacional; (ii) o Tribunal Penal Internacional confere reforço à dignidade humana, cuja exigência de tutela é superior à proibição de prisão de duração indeterminada, em razão do princípio da prevalência dos Direitos Humanos (art. 4º, inciso II, da Constituição brasileira) e (iii) mesmo a condição de perpetuidade é relativa, na medida em que presente cláusula de revisão obrigatória, nos termos do art. 110(3) e 110(4)⁵³.

Ao contrário do sustentado por tais doutrinadores, defende-se aqui que se está diante de um incompatibilidade normativa insuperável. Em primeiro lugar, o argumento de que a sanção prevista no art. 77 do Estatuto de Roma, apesar de assim nominada, não seria *materialmente* perpétua, haja vista a revisão obrigatória disposta nos art. 110(3) e art. 110 (4), não se revela consistente. Isso porque, embora seja obrigatória a *revisão*, trata-se apenas de um dever de reexame, cujo resultado poderá tanto ser o de manutenção da prisão por tempo indeterminado, quanto o de sua limitação.

Logo, a obrigatoriedade da revisão, em si, apenas indica que a qualidade de “perpétua” é dinâmica (*provisória*), e não estática (*definitiva*), na medida em que pode ser modificada a partir dos critérios elencados no art. 110(4). No entanto, é pre-

⁵² CHOUKR, Fauzi Hassan. O Brasil e o Tribunal Penal Internacional. Abordagem inicial à proposta de adaptação à legislação brasileira. In: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (Orgs.). *O Direito Penal no Estatuto de Roma: leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 69 ss.

⁵³ MAZZOULI, Valério de Oliveira. *Tribunal Penal Internacional e o Direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 91-2.

ciso atentar para o fato de que, (i) é conferido, pelo Estatuto, o *status* de legítima a uma sanção presumidamente perpétua e (ii) em sendo o agente condenado à segregação por tempo indeterminado, a *regra* é que essa situação seja assim mantida, e não modificada ou reduzida.

Nesse contexto, resta claro que a inclusão da pena de prisão perpétua entre aquelas aplicáveis aos delitos de competência do TPI viola a proibição do art. 5º, inciso XLVII, alínea *b*. Em se tratando de uma disposição constitucional cuja natureza normativa é a de *regra*, então o legislador constituinte já realizou a ponderação, de modo que *princípios*, ainda que de mesma hierarquia (constitucional), não podem flexibilizá-la, nem mesmo superá-la, conforme lição de Humberto Ávila⁵⁴. Por conseguinte, argumentos no sentido de que o princípio da *dignidade humana* (art. 1º, inciso III, da CRFB) e o da *prevalência dos direitos humanos* (art. 4º, inciso II, da CFRB) teriam preferência frente à vedação da pena perpétua, afastando o conflito existente entre a Constituição brasileira e o Estatuto de Roma, devem ser, por tal razão, rejeitados.

Importante ainda ressaltar, contrariamente à possibilidade de harmonização entre a previsão estatutária da segregação perpétua e a sua vedação constitucional, que o Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a rejeição de pedidos de extradição de países cuja legislação interna possa afrontar tal proibição constitucional. Nessas hipóteses, a Corte Suprema vem exigindo a lavratura de acordo diplomático que assegure a *comutação*, para penas limitadas a 30 anos de reclusão, da prisão per-

⁵⁴ Consoante Humberto Ávila, “no caso de regras constitucionais, os princípios não podem ter o condão de afastar as regras imediatamente aplicáveis situadas no mesmo plano. [...] a existência de uma regra constitucional elimina a ponderação horizontal entre princípios, pela existência de uma solução legislativa prévia destinada a eliminar ou diminuir conflitos de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder” (ÁVILA, Humberto Bergmann. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. In: BINENBOJM, Gustavo; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO; Cláudio Pereira de (Coord.). *Vinte anos da constituição federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 190).

pétua à qual foi (ou possa ser) condenado o extraditando⁵⁵. Ausente tal formalização, a rejeição do pedido de extradição é inafastável, mesmo em casos de criminalidade grave.

Finalmente, o fato de a jurisdição da Corte Penal Internacional ser *complementar* (subsidiária) em nada torna legítima a previsão da prisão perpétua. A aferição da validade constitucional de determinado dispositivo não pode ter por critério a probabilidade concreta de sua aplicação. Seria o mesmo que considerar compatível com a Constituição um texto legal que lhe afronta apenas porque o seu suporte fático é de difícil verificação concreta, de modo que o número de vezes em que se aplicaria a consequência jurídica seria demasiadamente pequeno para justificar a sua inconstitucionalidade.

Ora, o *quantum* de situações em que incidirá a norma não deve *em nada* importar para conferir-lhe ou retirar-lhe validade frente à Constituição. Esse, realmente, não pode ser o critério. A questão não é *quantitativa*, mas sim *qualitativa*: há, entre a proibição constitucional e a previsão estatutária, uma diferença material, isto é, de atribuição de valor, que, justamente por tal razão, corporifica-se em uma divergência *irreconciliável*.

2.1.2 *NULLA POENA SINE LEGE CERTA*

Afirma-se que o Estatuto de Roma teria acolhido o princípio da legalidade das penas, nos moldes dos países de *Civil Law*, em seu art. 23, que assim disciplina: “qualquer pessoa condenada pelo Tribunal só poderá ser punida em conformidade com as disposições do presente Estatuto”. Todavia, essa é uma conclusão decorrente de um exame muito apressado, o qual somente pode ser bem realizado a partir de uma leitura sistemática e integral das normas do Estatuto.

⁵⁵ Ver, exemplificativamente, Ext. 855, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Celso de Mello, public. no DJ 01.07.2005; Ext. 1104, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Cezar Peluso, public. no DJ 23.05.2008 e, ainda, Ext. 1278, Segunda Turma, Rel. Ministro Gilmar Mendes, public. no DJ 04.10.2012.

Nesse sentido, é preciso observar também o que determinam os art. 77 e art. 78 para compreender a lógica de aplicação de sanções que perpassa tal diploma internacional. Enquanto aquele dispositivo enumera as espécies de penas aplicáveis (pena de prisão por tempo determinado – até 30 anos – ou perpétua, multa e pena de perdimento de bens, proveitos e produtos do crime), já este refere quais são os critérios para sua incidência: *gravidade do crime* e *condições pessoais do condenado*.

Dessa forma, salta aos olhos a seguinte peculiaridade do Estatuto de Roma: nele estão arroladas as espécies de penas admissíveis, assim como definidos os crimes de competência do TPI (art. 5 e seguintes). No entanto, não há a especificação de *quais* penas podem ser aplicadas a *quais* crimes. Esse exame é, pois, delegado aos julgadores, que parecem poder realizar *qualquer combinação*, desde que observados os critérios taxativos do art. 78(1). Da mesma forma, inexistente um *quantum* mínimo e máximo de pena pré-determinado para cada delito, apenas um *quantum* geral máximo e somente no caso de penas de privação de liberdade não perpétuas (30 anos – art. 77, 1, a).

Portanto, não se sabe, de antemão se: (i) o fato será punido, ou não, com pena de prisão perpétua, o que dependerá sempre de um juízo bastante subjetivo (“grau de ilicitude do fato e condições pessoais”, nos termos do art. 77, 1, b); (ii) em sendo afastada a prisão perpétua, qual o tempo mínimo e máximo de segregação para cada delito, ressalvada a proibição geral de ultrapassar 30 anos e, finalmente, (iii) se haverá, ou não, a cumulação dessas sanções com as de multa e de perdimento de bens.

Diante do exposto, embora não se possa afirmar que há um total descumprimento das exigências do *princípio da legalidade* no âmbito das penas, também não se deve reconhecer o seu pleno respeito por parte do Estatuto de Roma. Nesse caso, parece que o mais adequado e cauteloso seria admitir que hou-

ve apenas a sua *parcial* implementação no âmbito do TPI. Resta saber, todavia, se esse *grau* de realização é suficiente para satisfazer o *mandado* constitucional de *determinação das penas*, presente no art. 5º, inciso XXXIX⁵⁶, e, portanto, para conferir-lhe validade no âmbito do direito interno brasileiro.

Para solver a questão, deve-se pensar no *fundamento* que ampara a necessidade de determinação das sanções penais, isto é, que justifica exigência de respeito à *legalidade* em sua subespécie “*lei certa*” (*nulla poena sine lege certa*). Conforme Taipa de Carvalho, trata-se de uma “razão político-criminal de função preventiva e, portanto, de orientação e motivação das condutas”⁵⁷. Ora, se objetivo é de *dissuasão geral de potenciais violações*, então é fundamental, para tornar possível o seu alcance, que seja plenamente compreendida tanto a *matéria de proibição*, quanto – e *especialmente* – a “ameaça” cominada em caso de seu descumprimento, ou seja, a *sanção penal*.

Portanto, o emprego de técnica legislativa que ignore a necessidade de *máxima* determinação fulmina, conforme Taipa de Carvalho, “a *ratio* de garantia subjacente à consagração constitucional do princípio da legalidade e, portanto, seria inconstitucional”⁵⁸. Parece ser este, pois, justamente o problema do Estatuto de Roma: na medida em que apenas atende parcialmente a tal *mandado*, não confere plena concretização, quando poderia fazê-lo, ao princípio da legalidade da pena na subespécie *lei certa*. Dessa maneira, acaba por desatender à regra do art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição brasileira, ao estar bem aquém da extensão já conferida, pela ordem jurídica interna, a tal garantia fundamental⁵⁹.

⁵⁶ Assim prescreve o art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição brasileira: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

⁵⁷ CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito Penal*. Parte Geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 162.

⁵⁸ CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito Penal*, op. cit., p. 163.

⁵⁹ Incide, na hipótese, uma proibição de *regressividade normativa*, ou seja, de redução do grau de implementação de direitos fundamentais já anteriormente garantido pelo ordenamento jurídico. Sobre o tema, ver COURTIS, Christian. La prohibición

2.2 INCOMPATIBILIDADES PRESCRICIONAIS

O Estatuto de Roma prevê, em seu artigo 29, uma cláusula de *imprescritibilidade* dos delitos de competência do TPI (crime de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão, nos termos do art. 5). Por sua vez, a Constituição brasileira confere tal qualidade a um rol bastante reduzido de delitos, quais sejam, racismo (art. 5º, inciso XLII), tortura, tráfico de entorpecentes e terrorismo, bem como os definidos como hediondos (art. 5º, inciso XLIII) e, finalmente, aqueles realizados por grupos armados contra a Ordem Constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, inciso XLIV).

Do exposto, verifica-se de imediato um nítido contraste entre a *imprescritibilidade* enquanto *regra absoluta*, no plano do direito internacional, e a *imprescritibilidade* enquanto *exceção*, no campo do direito interno. Para Choukr, essa discrepância decorreria do fato de o Direito Penal brasileiro ainda estar impregnado de heranças oriundas de períodos ditatoriais, não tendo incorporado a ideologia internacional protetiva dos Direitos Humanos⁶⁰.

Tal argumento revela-se, entretanto, bastante paradoxal. É, no mínimo, estranha a ideia de que um Estado cujo *potestas puniendi* é “infinito”, ao menos no que tange à sua duração, respeite *mais* e tutele *melhor* os Direitos Humanos. Como é possível sustentar que a ausência de restrições cronológicas ao mais intenso poder estatal possa ser algo positivo para a concretização de tais direitos? Frente à problemática, merece total atenção a crítica de Daniel Pastor, para quem “a *imprescritibilidade* é, sobretudo, algo bastante incompatível com a ideia do

de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. In: COURTIS, Christian (Org.). *Ni un paso atrás*. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006, p. 3 ss.

⁶⁰ CHOUKR, Fauzi Hassan. O Brasil e o Tribunal Penal Internacional..., op. cit., p. 73.

Estado de Direito, de um Estado limitado. Com pode ser limitado se seu poder penal é ilimitado no tempo?”⁶¹.

Está-se, pois, a vivenciar um claro embate entre duas concepções acerca do sentido do Direito Penal: a primeira, oriunda de uma longa tradição de penalistas críticos, valora-o enquanto *limite* ao poder de punir⁶²; a segunda, proveniente do direito internacional, reconstrói-o, no âmbito do TPI, sobre pilares ideológicos bastante punitivistas, os quais ignoram as advertências acerca da ineficácia constitutiva (isto é, fisiológica, e não patológica) do Direito Penal na redução da violência⁶³.

Pois bem, retornando à questão inicialmente lançada, reconhece-se que não há, de plano, uma incompatibilidade insuperável entre os dispositivos da Constituição brasileira que determinam a imprescritibilidade de certos delitos e a cláusula geral que afasta qualquer possibilidade de extinção, por decurso do tempo, do poder punitivo no âmbito do TPI. Isso porque a Constituição apenas apontou aqueles delitos que *obrigatoriamente* seriam imprescritíveis, delegando a ponderação, em relação aos demais, ao legislador ordinário. Muitos derivariam *apressadamente* dessa premissa que, se outros delitos também podem ser, a nível de lei ordinária, qualificados como impres-

⁶¹ PASTOR, Daniel R. O Estatuto de Roma de 1998 e os valores penais da comunidade internacional. In: D’AVILA, Fabio Roberto (Org.). *Direito Penal e Política Criminal no Terceiro Milênio: perspectivas e tendências*. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2011, p. 176.

⁶² Compartilha desse entendimento Zaffaroni, para quem o Direito Penal deve ser compreendido como um “contrapoder jurídico reductor o contentor” do *potestas puniendi* (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidad por la vulnerabilidad. *Revista ANTHROPOS*. Huellas del conocimiento. Barcelona, n. 204, p. 136-51, 2004, p. 136). No mesmo sentido, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal*. Parte General. 2. ed. Buenos Aires, EDIAR, 2002, p. 5.

⁶³ Conforme bem refere Daniel Pastor, as “fundamentações de direito internacional estão inspiradas em uma ideologia da punição infinita, de punir a qualquer preço, onde não pode haver anistia, não pode haver indulto, não pode haver nenhum tipo de perdão, não pode haver prescrição, nem nada que não seja a pena” (PASTOR, Daniel R. O Estatuto de Roma de 1998..., op. cit., p. 176).

critíveis, então não haveria razão para falar em incompatibilidade entre a Constituição e o artigo 29 do Estatuto de Roma.

Um olhar mais acurado e cauteloso, todavia, acaba por conduzir a uma outra conclusão. Não se nega que a Constituição deixou em aberto a possibilidade de também outros delitos serem imprescritíveis, se assim for legislado. No entanto, parece claro que a liberdade de configuração do legislador encontra inúmeros limites (*proporcionalidade, razoabilidade, igualdade etc*), os quais balizam o exercício desse poder. Exemplificativamente, caso ele optasse por tornar *todos* os delitos imprescritíveis, ter-se-ia uma invalidade material, pois passaria a ser *regra*, por vontade do legislador *ordinário*, aquilo que está *constitucionalmente* previsto como *exceção*. É justamente essa a linha argumentativa que deve orientar o juízo de constitucionalidade do art. 29 do Estatuto de Roma.

Para além dos problemas já referidos, pode-se, derradeiramente, mencionar a questão da dificuldade de justificação da pena que emerge da cláusula de imprescritibilidade, na medida em que esta permite o processamento de crimes há muito ocorridos. Ilustrativamente, atente-se para o que relata Kai Ambos⁶⁴ acerca do julgamento tardio de ex-guardas de campos de concentração da Alemanha nazista: trata-se de processos penais caracterizados pela idade avançada dos réus, por enormes esforços investigativos, haja vista a antiguidade dos fatos, e pela ausência, em regra, de provas minimamente seguras para embasar um juízo condenatório *válido*. Nesse contexto, a questão é: haveria, afinal, legitimidade nessa punição? Se sim, sob qual fundamento e para o alcance de qual finalidade? Entre tantas dúvidas, uma certeza: aqui impera o dissenso.

Diante dos argumentos expostos, defende-se ser bastante questionável, frente à ordem constitucional brasileira, a valida-

⁶⁴ AMBOS, Kai. Ex-guardas de campos de concentração levados a julgamento: atividade no campo de extermínio como injusto merecedor de pena? Traduzido por Eneas Romero. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 21, vol. 247, p. 2-3, jun. 2013, p. 2.

de de uma cláusula geral de imprescritibilidade *absoluta* de crimes, tal como a prevista no Estatuto de Roma.

2.3 INCOMPATIBILIDADES NO ÂMBITO PROBATÓRIO (O PROBLEMA DA ADMISSÃO DE PROVA ILÍCITA)

Este estudo dirige-se, agora, ao exame da compatibilidade entre o regramento da admissão da prova ilícita no Estatuto de Roma e o tratamento dado à problemática pela Constituição Federal de 1988. Consoante referido quando do exame da tradição que mais teria influenciado a opção teórica consagrada no art. 69(7) do Estatuto, tal diploma internacional prevê, como *regra*, a legitimidade de provas obtidas por meios ilícitos, isto é, com “violação do presente Estatuto ou das normas de direitos humanos internacionalmente reconhecidas”. Frente a isso, estão disciplinadas *somente* duas exceções: (i) quando tal violação suscitar “sérias dúvidas sobre a fiabilidade das provas” (art. 69, 7, *a*), e (ii) quando a sua admissão atentar “contra a integridade do processo” ou ainda resultar “em grave prejuízo deste” (art. 69, 7, *b*).

A Constituição brasileira, por sua vez, estabelece, sob a natureza de *regra*⁶⁵, uma “proibição absoluta”⁶⁶ de admissibilidade, em processos, de provas ilicitamente produzidas, nos termos do art. 5º, inciso LVII. Ao mesmo tempo, apresenta, em seu art. 5º, inciso XII, hipóteses nas quais seria lícita a quebra

⁶⁵ Trata-se de uma *regra* e não de um *princípio*, uma vez que o art. 5º, inciso LVII, da Constituição: (a) não tem por pretensão a promoção de um estado ideal de coisa; (b) não apresenta capacidade de submissão à ponderação; (c) não pode ser flexibilizada, seja pelo legislador, em abstrato, seja pelo aplicador ou intérprete, em concreto; (d) não é teleológico, mas deontológica; (e) não tem por função promover uma finalidade, mas sim fixar um dever, uma obrigação, que persiste mesmo frente a fins que lhe são contrapostos e (f) representa uma “pretensão terminativa”, apontando uma proibição do uso de provas ilicitamente produzidas. Esclarece, por fim, que se utilizou o conceito de *regra*, distinguindo-o do de *princípio*, nos termos sugeridos por Humberto Ávila (*Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 78 ss).

⁶⁶ KNIJNIK, Danilo. A “doutrina dos frutos da árvore venenosa”..., op. cit., p. 82.

de variadas garantias fundamentais, tais como sigilo de correspondência e telefônico.

Engana-se, contudo, aquele que conclui, diante deste artigo, que a Constituição teria admitido provas ilícitas. Ora, muito ao contrário. O que disciplina tal normativa são justamente as circunstâncias nas quais a prova produzida é considerada *válida*, o que, note-se, *sempre* dependerá de autorização judicial, por expressa determinação do legislador constituinte.

Por conseguinte, fato é que a Constituição não admite, *sob hipótese alguma*, o uso de provas ilícitas em processos administrativos ou judiciais. E mais: há uma série de requisitos constitucionalmente previstos para que uma prova possa ser qualificada como válida. Sendo assim, observa-se uma clara e intensa divergência entre a opção teórica do Estatuto de Roma e a da Constituição brasileira. Enquanto aquele parece estar disposto a ceder frente a arbitrariedades, sempre em nome da persecução de graves crimes, esta é *intransigente* nesse tocante. Trata-se, pois, de mais uma diferença *irreconciliável*, devendo prevalecer, na hipótese, as escolhas do direito local (*babel*), até porque constitucionalmente consagradas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando o caminho percorrido ao longo do presente ensaio, entende-se que podem ser sustentadas as seguintes conclusões:

I. Da leitura do texto dos artigos selecionados do Estatuto de Roma, verifica-se a influência de ambas as tradições (*Common Law* e *Civil Law*), seja nas regras de direito material, seja nas de direito processual, sem cabal predominância ou supremacia de uma delas;

II. Uma orientação mais clara acerca de qual tradição prevalecerá – e se haverá, de fato, *prevalência* e não simples *coexistência* – pressupõe a passagem do tempo, bem como o

juízo de mais casos;

III. Acredita-se que a tendência é a de aproximação e de tentativa de harmonização das tradições (*hibridismo*), de modo a desenvolver uma *gramática comum* (Fletcher). Ao empreender essa difícil tarefa, o jurista deverá atentar, contudo, para as particularidades da cultura jurídica local;

V. No cotejo do texto do Estatuto de Roma com as normas da Constituição brasileira, verificam-se incompatibilidades em diversos pontos, dos quais foram destacados os seguintes: (i) incompatibilidades no âmbito das sanções; (ii) incompatibilidades prescricionais e (iii) incompatibilidades no âmbito probatório.

VI. Na tensão entre universalismo (*esperanto universal*) e particularismo (*babel*), defende-se que, em sendo as diferenças irreconciliáveis, e os conflitos normativos, insuperáveis, são as peculiaridades do direito nacional que devem prevalecer.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMBOS, Kai. Ex-guardas de campos de concentração levados a julgamento: atividade no campo de extermínio como injusto merecedor de pena? Traduzido por Eneas Romero. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 21, vol. 247, p. 2-3, jun. 2013.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. In: BINENBOJM, Gustavo; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO; Cláudio Pereira

- de (Coord.). *Vinte anos da constituição federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. Prefácio. In: CANATO, Mônica Aparecida. *O princípio da Legalidade no Direito Penal Internacional*. Porto Alegre: Norton Editores, 2011.
- CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito Penal*. Parte Geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. Tribunal Penal Internacional: breve análise do Estatuto de Roma [Recurso Eletrônico]. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 92, jul. 2000. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/novo/boletim_artigo/724-Tribunal-Penal-Internacional-Breve-Analise-do-Estatuto-de-Roma> Acesso em: 30 abr. 2013.
- _____. O Brasil e o Tribunal Penal Internacional. Abordagem inicial à proposta de adaptação à legislação brasileira. In: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (Orgs.). *O Direito Penal no Estatuto de Roma: leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- COURTIS, Christian. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. In: COURTIS, Christian (Org.). *Ni un paso atrás*. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006.
- DELMAS-MARTY, Mireille. Comparative Criminal Law as a Necessary Tool for the application of International Criminal Law. In: CASSESE, Antonio (Org.). *The Oxford Companion to International Criminal Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- FARIA COSTA, José Francisco de. O Direito Penal, a linguagem e o mundo globalizado. Babel ou esperanto universal? In: D'AVILA, Fabio Roberto (Org.). *Direito Penal e*

- Política Criminal no Terceiro Milênio: perspectivas e tendências*. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2011.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*. Parte Geral. 1. ed. brasileira; 2. ed. portuguesa. São Paulo: Coimbra Editora e RT, 2007. Tomo I.
- FLETCHER, George P. The influence of the Common Law and Civil Law Traditions on International Criminal Law. In: CASSESE, Antonio (Org.). *The Oxford Companion to International Criminal Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, n. 18, p. 15-26, jan./jul. 2005.
- KARSAI, Krisztina. A competência originária oculta do Tribunal Penal Internacional: sobre o art. 70 do Estatuto de Roma [Recurso eletrônico - RT Online]. *Revista Ciência Penal*, São Paulo, vol. 9, jul. 2008.
- KIRSCH, Philippe; ROBINSON, Darryl. A construção do acordo na Conferência de Roma. In: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (Orgs.). *O Direito Penal no Estatuto de Roma: leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- KNIJNIK, Danilo. A “doutrina dos frutos da árvore venenosa” e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16-12-93. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 66, n. 66/61, p. 61-84, 1996.
- KREß, Claus. The International Criminal Court as a Turning Point in the History of International Criminal Justice. In: CASSESE, Antonio (Org.). *The Oxford Companion to International Criminal Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- MARQUES, José Frederico. *Estudos de Direito Processual*

- Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- MAZZOLI, Valério de Oliveira. *Tribunal Penal Internacional e o Direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.
- MOCCIA, Sergio. O Tribunal Penal Internacional: os perfis da legalidade [Recurso Eletrônico RT Online]. *Revista brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 47, mar. 2004.
- PASTOR, Daniel R. O Estatuto de Roma de 1998 e os valores penais da comunidade internacional. In: D'AVILA, Fabio Roberto (Org.). *Direito Penal e Política Criminal no Terceiro Milênio: perspectivas e tendências*. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2011.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Traduzido por Diego-Manuel Peña; Miguel Diaz Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2008, tomo I.
- SCALCON, Raquel Lima. Fixação do valor mínimo do dano no CPP. Da interpretação teleológica à interpretação consequencialista? *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 18, vol. 219, p. 4-5, fev. 2011.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*. Traduzido por Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman*. 11.ed. alemã. 4.ed. castelhana. Traduzido por Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal*. Parte General. 2. ed. Buenos Aires, EDIAR, 2002.
- _____. Culpabilidad por la vulnerabilidad. *Revista ANTHROPOS*. Huellas del conocimiento. Barcelona, n. 204, p.

136-51, 2004.

ZAPATERO, Luis Arroyo. A harmonização internacional do Direito Penal: ideias e processos. [Recurso Eletrônico - RT Online]. *Revista brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 84, mai. 2010.