

**Relatório elaborado pelo Instituto Brasileiro
de Ciências Criminais (IBCCRIM), com a participação
de Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, Gustavo Henrique Righi I.
Badaró, Maria Thereza Rocha de Assis Moura
e Tarciso Dal Maso Jardim**

Brasil

A. Introdução

O Brasil ratificou o Estatuto de Roma para a criação do Tribunal Penal Internacional aos 20 de junho de 2002, ratificação esta promulgada pelo Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002.¹ Portanto, quer no plano interno, quer no plano internacional, o país está sujeito aos deveres impostos pelos dispositivos do Estatuto.

Ainda antes da ratificação, foi instalado pelo Ministério da Justiça, por meio da Portaria n. 1.036, de 13 de novembro de 2001, um Grupo de Trabalho destinado a elaborar o Anteprojeto de Lei para implementação do Estatuto de Roma,² propondo os dispositivos legais necessários para a tipificação dos delitos, adaptação das normas processuais e regulação das formas de cooperação com a Corte.³

Nos termos da sistemática legislativa interna, a repressão de crimes internacionais tem sido insuficiente, limitada quase que exclusivamente a previsões sobre repressão e punição de crimes de genocídio (Lei n. 2.889, de 1º de outubro de 1956) e de tortura (Lei

¹ A consulta da legislação brasileira, na Internet, pode ser feita nos endereços: <www.senado.gov.br/legbras/> e <www.planalto.gov.br>.

² O Grupo de Trabalho que elaborou o Anteprojeto de Lei de Implementação do Estatuto de Roma é composto pelos seguintes membros: Tarciso Dal Maso Jardim (Coordenador), Adriana Lorandi, Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros, Carlos Frederico de Oliveira Pereira, Ela Wiecko de Castilho, George Rodrigo Bandeira Galindo, Gustavo Henrique Ribeiro de Melo, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, Raquel Elias Ferreira Dodge, Rafael Koerig Gessinger e Sylvia Helena Steiner.

³ O Anteprojeto encontra-se em fase de consulta pública. Após a análise das sugestões, o Anteprojeto será remetido para a Presidência da República que o encaminhará ao Congresso Nacional. O texto do projeto e a exposição de motivos podem ser acessados no endereço <www.mj.gov.br>.

n. 9.455, de 7 de abril de 1997), algumas normas contidas em acordos bilaterais de cooperação judiciária, e uma previsão totalmente inadequada de crimes de guerra, basicamente contida no Código Penal Militar (CPM) (Decreto Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969), muito embora o Brasil tenha ratificado a maior parte dos tratados e convenções internacionais que têm por objeto a proteção dos seres humanos.

Assim, com a ratificação do Estatuto de Roma, aproveita-se neste momento o Grupo de Trabalho para implementar não só as normas do Estatuto de Roma, como também aquelas necessárias para a persecução dos crimes de guerra, tal como previstos nas quatro Convenções de Genebra sobre Direito Internacional Humanitário de 1949 (G.I, G.II, G.III e G.IV), e nos demais tratados de Direito Humanitário, bem como modificando a legislação interna para fazê-la adequada à aplicação aos demais crimes internacionais, revogando as disposições anteriormente existentes e insuficientes para a efetiva punição.

É importante esclarecer que, em matéria de normas de tratados internacionais, apesar de a promulgação por decretos presidenciais ser suficiente, por si só, para torná-los normas de direito interno, no caso de crimes não se admite a aplicação direta de seus enunciados, em face do princípio constitucional da legalidade estrita (*nullum crimen sine lege praevia; nullum crimen sine lege stricta; nullum crimen sine lege scripta; nullum crimen sine lege certa*). Assim, os crimes precisam ser tipificados, com todas as suas circunstâncias, por lei interna, promulgada de acordo com o processo legislativo próprio.

Por outro lado, tanto o Código Penal (CP), quanto o CPM,⁴ contemplam hipóteses de integração com a normativa internacional. O artigo 5º do CP, e o artigo 7º do CPM prevêm a aplicação da lei brasileira penal, militar ou comum, sem prejuízo das convenções e regras de direito internacional, aos crimes cometidos em território nacional ou fora dele.⁵ Entretanto, essas normas não têm sido interpretadas como normas de reenvio à normativa internacional em matéria de repressão penal, face ao princípio da legalidade estrita acima referido, resumindo-se a serem utilizadas como normas de integração ou de interpretação.

O CP, por sua vez, contempla expressamente hipóteses de extraterritorialidade da lei brasileira, em casos de crimes de genocídio (artigo 7º, inciso I, *d*)⁶ e de crimes que, por tratado ou convenção, o país se obrigou a reprimir (artigo 7º, II, *a*).⁷ Neste

⁴ O CP e o CPM, assim como os demais códigos e leis brasileiras podem ser consultados no endereço <www.planalto.gov.br>.

⁵ CP, art. 5º: “Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo das convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional”.

CPM, art. 7: “Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo das convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido, no todo ou em parte, no território nacional, ou fora dele, ainda que, neste caso, o agente esteja sendo processado ou tenha sido julgado pela justiça brasileira”.

⁶ CP, art. 7º, inc. I, letra *d* (cf. item C-I).

⁷ CP, art. 7º, inc. II, letra *a* (cf. item C-I).

segundo caso, há necessidade de uma concorrência de condições, dentre as quais a de entrar o agente em território nacional, estar o crime previsto dentre aqueles que permitem a extradição, não ter sido o agente absolvido no estrangeiro pelo mesmo fato, e outras. Há ainda disposição expressa de jurisdição universal condicionada para os crimes de tortura (artigo 2º da Lei n. 9.455/97).⁸

Até agora, são apenas estas as normas especiais em vigência em relação aos crimes internacionais embora, como dito anteriormente, o Brasil já tenha ratificado a maior parte dos tratados e convenções internacionais que cuidam desse tipo de delitos.

B. Os crimes internacionais e seu reconhecimento no direito interno

I. Genocídio

O Brasil ratificou a Convenção para a prevenção e a repressão do crime de Genocídio, pelo Decreto n. 30.822, de 1952.

A ratificação da Convenção, porém, não era suficiente para a punição da tortura. A Constituição da República (CR), no seu artigo 5º, inciso XXXIX, prevê que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Como visto na Introdução, no sistema constitucional brasileiro não se admite a punição de crimes sem que haja dispositivo penal tipificador expresso em lei *stricto sensu*, ou seja, lei promulgada de acordo com o processo legislativo próprio. Logo, não há como ter-se por suficiente a ratificação de tratados internacionais que contenham normas criminalizadoras para que estas possam ter aplicação direta no direito interno. Da mesma forma, não há precedentes que admitam a persecução penal de condutas reconhecidas pelo direito consuetudinário internacional, até porque inexistente, em matéria penal, a chamada *cláusula geral de extensão* ou *cláusula de mandato legal especial de aplicação*, como existente em outros países (v.g., artigo 25 da Constituição alemã).

Assim, no plano interno, o crime de genocídio vem previsto em três diferentes dispositivos da legislação interna brasileira:

- a) na Lei n. 2.889/56. Aqui, a definição legal se aproxima daquela contida na Convenção para a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, de 1948, ratificada pelo Brasil em 1952.

O artigo 1º descreve o núcleo da conduta típica:

Artigo 1º. Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:

⁸Lei 9.455/97, art. 2º: “O disposto nesta lei aplica-se ainda quando o crime não tenha sido cometido em território nacional, sendo a vítima brasileira ou encontrando-se o agente em local sob jurisdição brasileira”.

- a) matar membros do grupo;
- b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição total ou parcial;
- d) adotar medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo;
- e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.

Será punido:

- com as penas do artigo 121, § 2º, do Código Penal, no caso da letra ‘a’;
- com as penas do artigo 129, § 2º, no caso da letra ‘b’;
- com as penas do artigo 270, no caso da letra ‘c’;
- com as penas do artigo 125, no caso da letra ‘d’;
- com as penas do artigo 148, no caso da letra ‘e’.

São também puníveis a associação para a prática de quaisquer desses crimes (artigo 2º) e o incitamento à prática de tais crimes (artigo 3º).

- b) no artigo 208 do CPM (Decreto 1.001/69), que prevê o crime de genocídio praticado por militar em tempo de paz. A descrição típica integra-se com a previsão do tipo penal de genocídio previsto na Lei n. 2.889/56.

Artigo 208. Matar membros de um grupo nacional, étnico, religioso ou pertencente a determinada raça, com o fim de destruição total ou parcial desse grupo.

Pena: reclusão, de quinze a trinta anos

Parágrafo único: Será punido com reclusão, de quatro a quinze anos quem, com o mesmo fim:

- I. inflige lesões graves a membros do grupo;
- II. submete o grupo a condições de existência, físicas ou morais, capazes de ocasionar a eliminação de todos os seus membros ou parte deles;
- III. força o grupo à sua dispersão
- IV. impõe medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;
- V. efetua coativamente a transferência de crianças do grupo para outro grupo

- c) nos artigos 401 e 402 do mesmo CPM, que prevêem, da mesma forma, o crime de genocídio praticado por militar em tempo de guerra.

Artigo 401- Praticar, em zona militarmente ocupada, o crime previsto no artigo 208:

Pena: morte, grau máximo; reclusão, de vinte a trinta anos, grau mínimo.

Artigo 402 - Praticar, com o mesmo fim e na zona referida no artigo anterior, qualquer dos atos previstos nos ns. I, II, III, IV e V, do parágrafo único do artigo 208:

Pena: reclusão, de seis a vinte e quatro anos.

O tipo penal de crime de genocídio, como se vê, além de refletir a definição trazida pela Convenção sobre Genocídio, está bastante próxima daquela agora prevista no artigo 5º do Estatuto de Roma.

Pelo fato de o crime de genocídio vir definido em lei, e até que a lei seja modificada, é a estrutura descrita no dispositivo legal a única possível para a persecução penal. Assim, pouco ou nenhum sentido têm as disposições do CP e do CPM que remetem, como visto anteriormente, à normativa internacional (artigo 7º do CPM e artigo 5º do CP).

A única fonte jurídica admitida em termos de normas criminalizadoras de condutas é a lei, em sentido estrito, e quanto ao crime de genocídio, a lei criminalizadora

vem prevista através de tipo penal inserto em lei comum (o CPM, Decreto n. 1.001/69) e em lei especial (Lei n. 2.889/56).

No caso de normas penais *em branco*, como ocorria com o crime de tortura antes da edição da Lei n. 9.455/97, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus n. 70.389-5-SP,⁹ ao apreciar caso em que se atribuíam a policiais militares a prática do crime de tortura contra adolescentes, decidiu no sentido de que, com a promulgação das Convenções das Nações Unidas (Decreto n. 40, de 15.02.1991) e Americana (Decreto n. 98.386, de 9.11.1989), que cuidam da repressão e punição ao crime de tortura, deveriam estas considerar-se *incorporadas ao plano do direito positivo interno* e, assim, servirem de subsídio para integração e interpretação da noção típica de “tortura”.

Esse é o único caso de que temos notícias de aplicação direta de normas de tratados internacionais no direito interno para fins de tipificação em matéria penal, e, mesmo assim, apenas para a definição legal de elementos típicos de norma penal incriminadora já existente.

Em conclusão, podemos dizer que: a) a legislação interna tipifica o crime de genocídio, quer como crime comum, quer como crime militar; b) a tipificação é adequada à que vem prevista no Estatuto de Roma; c) o Anteprojeto de implementação do Estatuto de Roma mantém a descrição típica das diversas modalidades de genocídio previstas no Estatuto.

Com relação às sanções aplicáveis a tal delito, a Lei n. 2.889/56 apresenta, em relação às penas, uma sistemática caótica,¹⁰ na medida em que remete “a outras (penas) constantes do Código Penal, a outros crimes ou, então, um artigo da Lei n. 2.899 faz referência a uma pena fixada em outro artigo dela mesma”. Nessa linha, cada conduta prevista na Lei especial aponta para a pena em tese equivalente à da figura penal prevista no CP (exemplo: a conduta prevista na letra *a* —matar membros do grupo— é punida com a pena do artigo 121, § 2º, do CP —homicídio qualificado). Por essa sistemática, as diversas condutas previstas na Lei n. 2.889/56 são punidas com penas de reclusão situadas entre o mínimo de 12 e o máximo de 30 anos.

No artigo 208 do CPM, a pena prevista para o genocídio praticado em tempo de paz é de reclusão entre quinze e trinta anos, se resultar em morte dos membros do grupo, e de quatro a quinze anos, para as demais hipóteses.

Nos artigos 401 e 402 do mesmo CPM, as penas previstas para o crime de genocídio praticado em tempo de guerra situam-se entre a pena de morte, e reclusão de seis a vinte e quatro anos.

Importa anotar que a CR proíbe a aplicação de penas de morte (artigo 5º, inciso XLVII, *a*), salvo em caso de guerra declarada. O país também ratificou o Protocolo à

⁹ *Diário de Justiça da União* de 19.08.1998, p. 35. Cf., também, nota 11.

¹⁰ Carlos Canêdo, *O Crime de Genocídio como Crime Internacional*, Belo Horizonte, Del Rey, 1999, p. 196.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos referente à Abolição da Pena de Morte, em 13 de agosto de 1996, ressalvando a aplicação da pena capital apenas aos *crimes sumamente graves de caráter militar* praticados em tempo de guerra. O crime de genocídio, como crime militar praticado em tempo de guerra, pode, pois, ser punido com a pena de morte, desde que se trate de guerra declarada, tal como previsto no artigo 84, inciso XIX, da CR. Como veremos adiante, tal conceito de “guerra”, por si só, já se afasta daquele trazido pelas Convenções de Genebra e seus Protocolos, ratificados pelo país, que cuidam de “conflitos armados”.

Nos termos do artigo 5º, inciso XLIII, da CR, são inafiançáveis e insusceptíveis de anistia, graça ou indulto, dentre outros, os chamados crimes hediondos. Os “crimes hediondos” vêm atualmente previstos na Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. O parágrafo único do artigo 1º desta Lei equipara o crime de genocídio aos crimes hediondos. Logo, para o crime de genocídio, aplicam-se as disposições restritivas de liberdade provisória (artigo 2º) e de progressão no regime de cumprimento de penas (artigo 2º, § 1º), bem como as que impedem a anistia, a graça ou o indulto (artigo 2º, incisos I e II). Releva notar que a Lei de Crimes Hediondos faz remissão apenas aos delitos de genocídio *previstos nos artigos 1º, 2º e 3º da Lei n. 2.889/56, tentados ou consumados*. Como se trata de norma restritiva de direitos, que em regra não admite interpretação extensiva ou analógica, pode-se concluir que não se aplica aos crimes de genocídio previstos no CPM.

O Brasil não ratificou a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e Crimes de Lesa Humanidade, de 1968. Portanto, mesmo sobre crimes de genocídio, contrariando previsão expressa do Estatuto de Roma, incidem as regras de prescrição previstas no CP (prazo máximo de 20 anos) e no CPM (prazo máximo de 30 anos).

II. Crimes contra a humanidade

Mesmo com a ratificação do Estatuto de Roma, o Brasil ainda não tipificou as condutas delituosas previstas no seu artigo 7º. A lei penal comum ou especial prevê, em diversos dispositivos, várias condutas delituosas cuja descrição se aproxima daquelas previstas no Estatuto de Roma, mas aplicadas aos casos decorrentes de práticas individuais, e não em situação de ataques generalizados ou sistemáticos contra a população civil, como parte de uma política de um Estado ou de uma organização, oficial ou não, de praticar ou promover essas ações.

Há pois disposições penais genéricas, esparsas, em relação a condutas como o racismo, a escravidão, as diversas formas de violação ou violência sexual, a tortura, o tráfico de pessoas, sem que guardem qualquer conexão com os crimes contra a humanidade previstos no direito internacional consuetudinário e no Estatuto de Roma. Além disto, é de se destacar que, nos termos do Estatuto de Roma, as condutas que caracterizam crime contra a humanidade devem ser praticadas no contexto de um ataque generalizado e sistemático contra a população civil, sendo que tal elemento não se encontra prevista nos delitos existentes na legislação brasileira.

Pelas especificidades, vale apenas a remissão aos crimes de tortura e de racismo.

O crime de tortura veio tipificado, de forma autônoma, na Lei n. 9.455/97

Até então, as condutas que importavam na submissão de alguém a dores ou sofrimentos físicos ou mentais eram punidas de acordo com os tipos penais comuns de constrangimento ilegal, cárcere privado, lesões corporais, abuso de autoridade, dentre outras.

O primeiro tipo penal de tortura veio contemplado no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), que em seu artigo 233 apenas prescreve a aplicação de pena a quem *torturar criança ou adolescente*. Como já mencionado anteriormente, em caso ocorrido antes da edição da Lei n. 9.455/97, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus n. 70.389-5-SP, em que se apreciava a constitucionalidade desse tipo penal, decidiu no sentido de que, com a promulgação das Convenções das Nações Unidas (Decreto n. 40, de 15.02.1991) e Americana (Decreto n. 98.386, de 9.11.1989), que cuidam da repressão e punição ao crime de tortura, deveriam estas considerar-se *incorporadas ao plano do direito positivo interno* e, assim, servirem de subsídio para integração e interpretação da noção típica de “tortura”.¹¹

No campo do direito penal comum, a tortura veio definida na Lei n. 9.455/97, trazendo tipificação que mais a aproxima da Convenção da ONU.

A conduta vem assim definida:

Artigo 1º. Constitui crime de tortura:

- I. constranger alguém com o emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:
 - a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;
 - b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosas;
 - c) em razão de discriminação racial ou religiosa;
- II. submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com o emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo:

Pena: reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos

§ 1º. Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

§ 2º. Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 3º. Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos; se resulta morte, a reclusão é de 8 (oito) a 16 (dezesesseis) anos.

¹¹ Sobre o julgamento, v. Sylvia Steiner, “O crime de tortura e o princípio da reserva legal”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, n. 13, jan-março/1996, pp. 163-171. Cf., também, nota nº 9.

Apenas para mencionar, vale a lembrança da existência, no sistema punitivo interno, de tipos penais previstos na lei que criminaliza o abuso de autoridade (Lei n. 4.898/65), e que diz respeito a outras condutas praticadas pela autoridade contra pessoa submetida à sua guarda. No que diz com a prática de violência física ou mental, as figuras penais ficaram absorvidas pelas figuras da Lei de Tortura.

No CPM não há definição autônoma de crime de tortura.

A tortura é punida, na legislação interna, com penas de reclusão. É considerada crime hediondo, aplicando-se assim as disposições previstas na Lei n. 8.072/90 em relação às restrições de liberdade provisória e progressão no regime de cumprimento da pena. Também é considerada crime inafiançável, e insuscetível de anistia, graça ou indulto, nos termos do artigo 5º, inciso XLIII, da CR. Nos termos do artigo 5º, inciso, da CR, são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos. Assim, atende-se ao disposto no artigo 15 da Convenção Americana para Prevenir e Sancionar o Crime de Tortura.

Quanto ao crime de racismo, a Lei n. 7.716/89 prevê uma série de figuras típicas cuja conduta nuclear comum é a de impedir ou obstar o acesso de pessoas a cargos públicos, estabelecimentos comerciais ou de ensino, hotéis, restaurantes, edifícios públicos ou privados, etc. Quanto ao tratamento genérico da prática, incitamento ou indução de qualquer ato discriminatório, referida Lei traz o dispositivo constante de seu artigo 20, assim descrito:

Artigo 20: Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional:

Pena: reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

§ 1º. Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo:

Pena: reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa

§ 2º. Se qualquer dos crimes previstos no *caput* é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza:

Pena: reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Vê-se assim a simplicidade do texto legal, que resume a prática de racismo a atos de impedimento ou perturbação do livre ingresso de pessoas nos mais variados locais, apenando inclusive de forma bem mais grave a distribuição ou veiculação de emblemas nazistas. Por certo que a tipificação dos crimes de racismo está muito longe de adequar-se às figuras típicas de *apartheid* e de discriminação previstas em tratados internacionais em vigor.

O crime de racismo, além das restrições impostas pela Lei dos Crimes Hediondos, é imprescritível por expressa disposição constitucional (artigo 5º, inciso XLII, da CR).

Em conclusão, podemos dizer que: a) não há, no momento atual, tipificação de crimes contra a humanidade na legislação brasileira; b) as figuras penais assemelhadas, como a tortura e o racismo, referem-se a condutas individuais, não se confundindo com aquelas previstas no Estatuto de Roma e que tratam de crimes cometidos de

forma sistemática ou generalizada contra a população civil, como parte de uma política para a prática dessas condutas; c) o Anteprojeto de Lei de implementação do Estatuto de Roma tipifica cada uma das condutas descritas no Estatuto, suprimindo o déficit legislativo interno.

Como já expresso no item anterior, a única fonte admitida pelo ordenamento jurídico nacional é a lei em sentido estrito, com a ressalva da incorporação da normativa internacional para integração e interpretação dos tipos penais já previstos em lei.

III. Crimes de guerra

O Brasil ratificou ou aderiu aos principais tratados de direito internacional humanitário, em especial as quatro Convenções de Genebra de 1949 e seus Protocolos Adicionais I e II (P.I e P.II), a Convenção de Nova Iorque (sobre proibição ou restrição ao emprego de armas que causam danos excessivos ou efeitos indiscriminados), o Tratado de Ottawa (sobre proibição de uso, armazenamento, produção e transferência de minas antipessoal e sobre sua destruição), dentre outras.

Não foram, entretanto, tipificados os delitos que caracterizam graves violações ao direito humanitário, em especial nas Convenções de Genebra.

No CPM (Decreto n. 1.001/69) estão previstas diversas figuras típicas de crimes militares praticados em tempo de guerra que, no entanto, passam muito ao largo da descrição das condutas consideradas como graves violações às Convenções de Genebra. Primeiramente, lembra-se que o direito interno cuida de crimes praticados “em tempo de guerra” tendo em consideração apenas a guerra formalmente declarada, nos termos do artigo 84, inciso XIX, da CR. Por sua vez, o CPM, em seu artigo 15, define o tempo de guerra como o que começa *com a declaração ou o reconhecimento do estado de guerra, ou com o decreto de mobilização, se nele estiver compreendido aquele reconhecimento; e termina quando ordenada a cessação das hostilidades*. Assim, não se contempla o conceito de “conflito armado” consagrado nas Convenções de Genebra, nem é adequado às situações de guerra civil, na forma prevista no Art. 3º comum às Convenções de Genebra de 1949.

Resta ainda lembrar que, ao ratificar as Convenções de Genebra em 1957, o país obrigou-se a tomar as medidas legislativas necessárias para tipificar as condutas consistentes em violações graves aos seus dispositivos, o que jamais foi feito. O atual Anteprojeto de implementação do Estatuto de Roma, elaborado pelo Grupo de Trabalho e entregue ao Ministro da Justiça, em 25 de outubro de 2002,¹² virá suprir a lacuna, se e quando transformado em lei.

Em suma, “o direito doméstico brasileiro acha-se profundamente defasado em relação ao atual estado do Direito Internacional Humanitário”.¹³

¹² Cf. nota 2

¹³ Tarciso Dal Maso Jardim, relatório elaborado por solicitação da Cruz Vermelha Internacional, inédito.

O exame da tipicidade, nestes tópicos, há de circunscrever-se aos crimes militares praticados em tempo de paz e em tempo de guerra, tal como previstos no CPM.¹⁴

A partir das previsões das 4 Convenções de Genebra (indicadas pelas siglas G.I, G.II, G.III e G.IV) e seus 2 Protocolos adicionais (indicados pelas siglas P.I e P.II), as graves violações ao direito humanitário foram divididas em grupos, por afinidades entre os bens juridicamente protegidos pelas normas incriminadoras:

1º grupo: homicídio intencional, tortura ou outros tratamentos desumanos, incluindo as experiências biológicas, o fato de causar grandes sofrimentos ou atentar gravemente contra a integridade física ou a saúde (art. 50 da G.I, art. 51 da G.II, art. 130 da G.III e art. 147 da G.IV).

Como crimes militares em tempo de paz, definidos no CPM, tem-se o arrebatamento de preso ou internado, a fim de maltratá-lo (art. 181), homicídio (art. 205), lesão corporal (art. 209), maus tratos de pessoa sob autoridade para fim de educação, instrução, tratamento ou custódia (art. 213). Em tempo de guerra, definidos no CPM, tem-se os crimes de praticar homicídio e lesão corporal em presença do inimigo (art. 400 e 403, respectivamente). [...]

2º grupo: a destruição e a apropriação de bens, não justificada por necessidades militares e executadas em grande escala, de forma ilícita e arbitrária (art. 50 da G.I, art. 51 da G.II e art. 147 da G.IV).

Como crime militar em tempo de paz, tem-se o furto (arts. 240 e 241), o roubo (art. 242) e o dano (art. 259). Em tempo de guerra, definidos no CPM, tem-se o furto (art. 404), o roubo (art. 405), o saque (art. 406) e o dano (art. 383-5). A concepção de dano em tempo de guerra, contudo, está condicionada ao benefício do inimigo, ou ao fato de comprometer ou poder comprometer a preparação, a eficiência ou as operações militares, ou atentar de qualquer forma com a segurança externa do país. Segundo o CPM, então, a caracterização do dano não é fundada em motivos humanitários, sendo a destruição permitida, desde que não ofenda o interesse militar nos termos mencionados. Tendo em mente que as infrações graves em questão destinam-se a proteger principalmente edifícios, transportes e materiais sanitários inimigos, está-se diante de uma contradição. [...]

3º grupo: obrigar um prisioneiro de guerra ou civil a servir nas forças armadas da Potência inimiga (art. 130 da G.III e art. 147 da G.IV).

Não há dispositivo similar na legislação penal militar brasileira. [...]

4º grupo: privar uma pessoa protegida de seu direito de ser julgada regular e imparcialmente (art. 130 da G.III, art. 147 da G.IV, art. 85, p. 4º, alínea 'e' do P.I.)

A CR proíbe o juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII) e garante o devido processo legal [...] Diante do CPM, quem negar o acesso à justiça para qualquer pessoa ou admiti-la negligenciando as regras do devido processo legal, poderia ser enquadrado no crime de constrangimento ilegal (art. 222 CPM), de seqüestro ou cárcere privado (art. 225 CPM), em caso de execução arbitrária, de homicídio (art. 205) e vários crimes contra a administração da justiça militar [...].

5º grupo: deportação ou transferências ilegais, detenção ilegal, tomada de reféns (arts. 49 e 147 da G.IV, art. 85, § 4º, alínea 'a' do P.I.).

Poderiam ser enquadrados ou no crime de constrangimento ilegal (art. 222 do CPM; art. 146 do CP), de seqüestro ou cárcere privado (art. 225 CPM; art. 148 CP) ou abuso de autoridade (Lei n. 4.898/65). Entretanto, em especial sobre deportação e

¹⁴ O levantamento a seguir transcrito foi elaborado por Tarciso Dal Maso Jardim, no já citado relatório.

transferência ilegais, as regras não são claras, principalmente porque a legislação brasileira sobre deportação e expulsão é prevista para tempo de paz [...]

6º grupo: demora injustificada no repatriamento dos prisioneiros de guerra ou civis, práticas de apartheid ou outras práticas desumanas e degradantes baseadas na discriminação racial, dirigir ataques contra monumentos históricos, obras de arte ou lugares de culto protegidos (art. 85, § 4º, do P.I.).

Primeiro, não há dispositivo de repressão penal sobre repatriamento, ressalvando a boa legislação interna sobre refugiados (Lei n. 9.474/97). Segundo, o racismo é crime no Brasil [...] Por fim, nada há de específico sobre dirigir ataques contra monumentos históricos, obras de arte ou lugares de culto protegidos. [...] De qualquer modo, não estão de forma satisfatória tipificadas as violações expressas no Protocolo I, sequer as previstas na Convenção de 1954 para a proteção de bens culturais em caso de conflitos armados ou em seus Protocolos.

7º grupo: também são infrações graves qualquer ato ou omissão voluntária que ponha gravemente em perigo a integridade física ou mental de qualquer pessoa em poder de uma Parte, que não seja aquela da qual depende (internada, detidas ou privadas da liberdade de outra forma), e que submeta as pessoas a um ato médico que não seja motivado por seu estado de saúde e que não esteja de acordo com as normas médicas geralmente aceitas para nacionais em liberdade, como mutilações físicas, experiências médicas ou científicas, extração de tecidos ou órgãos para transplante (art. 11 do P.I.).

Não há tipo específico com esse teor para conflitos armados, mas a Lei n. 9.434/97 e o Decreto n. 2.268/97 regulam a retirada e o transplante de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, com fins terapêuticos, científicos e humanitários, proibindo arbitrariedades. Poderia, nesse caso, também haver a classificação no crime de lesão (art. 209/403 do CPM; art. 129 do CP).

8º grupo: nos termos do art. 85 do P.I., igualmente são infrações graves os seguintes atos, cometidos intencionalmente e que causem a morte ou constituam atentados graves a integridade física ou à saúde: submeter a população civil ou civis a um ataque; lançar ataque indiscriminado, que atinja a população civil ou bens de caráter civil, ou contra obras ou instalações contendo forças perigosas, sabendo que causarão perdas em vidas humanas, ferimentos em civis ou danos em bens de caráter civil e que sejam excessivos em relação à vantagem militar concreta e diretamente esperada; submeter a ataque localidades não defendidas ou zonas desmilitarizadas; submeter a um ataque sabendo que ela está fora de combate; usar perfidamente o emblema distintivo da Cruz Vermelha ou outros sinais protetores reconhecidos pelas Convenções de Genebra e pelo P.I.

Sobre esse conjunto de infrações graves não há nenhum tipo penal na legislação brasileira. Poderiam, dependendo do caso, serem considerados como homicídio, lesão corporal ou dano, enquanto crimes em tempo de paz previstos no CPM ou no CP. A legislação penal militar para o tempo de guerra, contudo, admite o homicídio em presença do inimigo, mas não, evidentemente, o homicídio do inimigo. O problema é que não há definição explícita no direito militar do que seja o “inimigo”, o que pode no caso concreto incluir civis. Já o crime de dano em tempo de guerra, embora possa envolver local com forças perigosas (danificar depósito de combustível, inflamáveis, usinas, entre outros —art. 384 do CPM) está conexo ao interesse militar, e não à possibilidade de afetar vidas ou integridade de civis. Quanto ao uso de perfídia, lançando mão dos emblemas distintivos da Cruz Vermelha ou outros sinais protetores reconhecidos pelo direito de Genebra, não há repressão penal, apesar de o Decreto 2.380/10 já ter tipificado no passado condutas similares e a Lei n. 3.960/61 fazer inequívoca remissão de respeito ao disposto nos tratados. O mais aproximado é, como crime em tempo de paz, usar, indevidamente, uniforme, distintivo ou insígnia militar a que não tenha direito (art. 172 do CPM) e o insuficiente art. 191 da Lei n. 9.279/96.

Outras aproximações de repressão penal, presentes na legislação doméstica, seriam as seguintes:

- a) abandono de pessoa sob os cuidados, guarda, vigilância ou autoridade de militar, sendo que, por qualquer motivo, ela é incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono —art. 212 do CPM, art. 133 do CP;
- b) rapto de mulher, mediante violência ou grave ameaça, para fim de ato libidinoso, e violência carnal (estupro, atentado violento ao pudor) —arts. 232, 233, 407 e 408 do CPM, arts. 213, 214 e 219 do CP. E, na legislação comum, tem-se ainda o favorecimento da prostituição e o tráfico de mulheres —arts. 228 e 231 do CP;
- c) subtrair, ocultar ou inutilizar, por ocasião de incêndio, inundaçã, naufrágio, ou outro desastre ou calamidade, aparelho, material ou qualquer meio destinado a serviço de combate ao perigo, de socorro ou salvamento; ou impedir ou dificultar serviço de tal natureza —arts. 275 e 386 do CPM, art. 257 do CP;
- d) causar incêndio, que exponha a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem (art. 250 do CP) em lugar sujeito à administração militar (arts. 268/386 do CPM). Causar epidemia mediante a propagação de germes patogênicos, se o fato compromete ou pode comprometer a preparação, a eficiência ou as operações militares, ou de qualquer forma atenta contra a segurança externa do país —em tempo de guerra, art. 385 do CPM. Difundir doença ou praga que possa causar dano a floresta, plantação, pastagem ou animais de utilidade econômica ou militar (art. 278/386 do CPM), ou causar epidemia mediante a propagação de germes patogênicos (em tempo de paz, art. 292), ambos em lugar de administração militar ou, em legislação comum, respectivamente tutelados pelos arts. 259 e 267 do CP. [...];
- e) envenenar água potável ou substância alimentícia ou medicinal, expondo a perigo a saúde de militares em manobras ou exercícios, ou de indefinido número de pessoas (em tempo de paz, art. 293), ou corromper ou poluir água potável de uso de quartel, fortaleza, unidade, navio, aeronave ou estabelecimento militar, ou de tropa em manobras ou exercício, tornando-a imprópria para consumo ou nociva à saúde (em tempo de paz, art. 294), ambos em lugar sob administração militar. Envenenar ou corromper água potável, víveres ou forragens, se o fato compromete ou pode comprometer operações militares, ou de qualquer forma atenta contra a segurança externa do país —tempo de guerra, art. 385 do CPM. Envenenar, corromper ou poluir água potável, de uso comum ou particular, ou substância medicinal destinada a consumo (art. 270 e 271 do CP);
- f) prática de espionagem, em favor do inimigo ou comprometendo a preparação, a eficiência ou as operações militares (em tempo de guerra, art. 366 do CPM);
- g) danos em propriedades de interesse militar (em tempo de guerra, art. 385);
- h) sobre uso de armas, a legislação comum possui razoável repressão penal, como a proibição do uso de explosivos (art. 251 do CP) e da fabricação, fornecimento, aquisição, posse e transporte desses (art. 252 do CP). Proíbe-se criminalmente o desrespeito da Lei n. 9.112/95, que dispõe sobre a exportação de bens sensíveis e serviços diretamente relacionados, o que envolve os bens de uso bélico, assim como os bens de uso na área nuclear, química e biológica. Regula-se também o registro e o porte de armas de uso permitido (Lei n. 9.437/97). [...]

O levantamento acima transcrito bem demonstra a defasagem da normativa interna em relação aos chamados crimes de guerra, não só quanto à definição das figu-

ras típicas, tal como previstas nas quatro Convenções de Genebra, em seus dois Protocolos e no Estatuto de Roma, mas especialmente quanto à inequívoca vocação do nosso chamado “direito em tempo de guerra” pela proteção da eficiência das forças armadas e das operações militares, em detrimento da proteção das pessoas envolvidas, direta ou indiretamente, nos conflitos.

Ao mais, tendo em vista que o sistema constitucional brasileiro não admite a punição de crimes sem que haja dispositivo penal tipificador expresso em lei *stricto sensu*, ou seja, lei promulgada de acordo com o processo legislativo próprio, não há como se ter por suficiente a ratificação de tratados internacionais que contenham normas criminalizadoras para que estas possam ter aplicação direta no direito interno. Da mesma forma, não há precedentes que admitam a persecução penal de condutas reconhecidas pelo direito consuetudinário internacional. Assim, embora o país seja Parte nos principais tratados internacionais que regulam o direito humanitário, as figuras penais acima explicitadas, em sua maioria, não definem as graves violações do direito humanitário, cabendo apenas a remissão aos tipos comuns previstos nos CP e CPM.

Em conclusão, podemos afirmar, relativamente aos crimes de guerra, que: a) o sistema punitivo interno não prevê os crimes de guerra tal como disciplinados nas normas internacionais, em especial as Convenções de Genebra e seus Protocolos e os demais tratados internacionais que cuidam da matéria; b) também não são puníveis no direito interno as violações ao direito internacional consuetudinário em relação aos usos e costumes de guerra; c) o Anteprojeto de Lei de implementação do Estatuto de Roma tipifica os crimes de guerra, consoante as previsões do Estatuto, inclui condutas previstas nas Convenções de Genebra, seus Protocolos e demais instrumentos internacionais que regulam o direito de guerra; d) o Anteprojeto cuida ainda de suprir lacunas da legislação sobre crimes de guerra, ao ampliar o conceito de guerra para nele incluir quaisquer conflitos armados, definir pessoas protegidas, definir o que seja combatente, dentre outros.

Quanto à punição por tais delitos, para os tipos penais previstos no CP, e na legislação penal esparsa, as penas aplicadas são sempre as de reclusão, variando conforme o tipo penal os limites mínimos e a pena máxima cominada, que nunca excede aos 30 anos, além das penas de multa. A sentença penal condenatória poderá gerar também outros efeitos, tais como a perda dos objetos e instrumentos do crime, a perda de bens adquiridos com o produto dos crimes, a perda do cargo ou função pública, e a perda do pátrio poder, este último em casos de crimes cometidos com abuso do pátrio poder.

No CPM, além das penas de morte e de reclusão de até 30 anos, há também penas de impedimento, suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função, e pena de reforma (artigos 63 a 65). Há também penas acessórias de perda do posto ou patente, de indignidade para o oficialato, exclusão das forças armadas, dentre outras (artigo 98 e seus incisos).

A pena capital é prevista, no CPM, para os crimes militares praticados em tempo de guerra, dentre eles, como visto, a traição (artigo 355), a coação a comandante (artigo 358), espionagem (artigo 366) e, como dito acima, o genocídio, dentre outros.

IV. Crime de agressão

No Brasil não há tipificação do crime de agressão, quer na legislação comum, quer na militar.

Na CR, em especial no artigo 4º, estão expressos alguns princípios gerais que regem o país nas suas relações internacionais, dentre eles os de independência nacional (inciso I), de prevalência dos direitos humanos (inciso II), de autodeterminação dos povos (inciso III), de não intervenção (inciso IV), de igualdade entre os Estados (inciso V), de defesa da paz (inciso VI) e de solução pacífica dos conflitos (inciso VII). Como já mencionado quando cuidamos dos crimes de guerra, o conceito de guerra, no país, ainda está ligado ao conceito de guerra declarada. Em razão disso, a necessidade de formal declaração de guerra parece decorrer exatamente da idéia de legítima defesa, neste ponto condizente, pois, com os princípios da não intervenção e da defesa da paz acima referidos. Logo, nosso país, por seu texto constitucional, adere ao princípio de não agressão inscrito na Carta das Nações Unidas.

No entanto, ainda há lacuna absoluta em matéria de regulação, no campo punitivo penal, das hipóteses de crimes de agressão.

Tramita atualmente no Congresso Nacional o projeto de Lei n. 6.764 de 2002, que trata dos Crimes contra o Estado Democrático de Direito, que prevê, dentre suas figuras penais típicas, os crimes de atentado à soberania, traição e violação do território que, conforme as circunstâncias em que praticados, podem ser considerados como crimes de agressão.

V. Outros tipos penais do Direito penal internacional no Direito interno

Além dos delitos de genocídio, tortura e racismo, antes mencionados, não há previsão legal para tipificação de outras condutas de crimes internacionais como, por exemplo, o terrorismo internacional.

A CR prevê o crime de terrorismo como crime inafiançável, e insusceptível de anistia, graça ou indulto (artigo 5º, inciso XLIII), ao lado dos demais crimes hediondos e do crime de tráfico de entorpecentes. Mas não foi ainda editada lei ordinária que o defina.

O Projeto de Lei n. 6.764, de 2002, que define os crimes contra o Estado Democrático de Direito, prevê a figura típica do crime de terrorismo, assim descrevendo a conduta:

Artigo 370. Praticar, por motivo de facciosismo político ou com o objetivo de coagir autoridade, o ato de:

- I. devastar, saquear, explodir bombas, seqüestrar, incendiar, depredar ou praticar atentado pessoal ou sabotagem, causando perigo efetivo a pessoas ou bens,
- II. apoderar-se ou exercer o controle, total ou parcialmente, definitiva ou temporariamente, meios de comunicação ao público ou de transporte, portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, instalações públicas ou estabelecimentos destinados ao abastecimento de água, luz, combustíveis ou alimentos, ou à satisfação de necessidades gerais e impreteríveis da população:

Pena: reclusão, de dois a dez anos.

§ 1º Na mesma pena incorre que praticar as condutas previstas neste artigo, mediante acréscimo, supressão ou modificação de dados, ou por qualquer outro meio interferir em sistemas de informação ou programas de informática.

§ 2º Se resulta lesão corporal grave:

Pena: reclusão de quatro a doze anos.

§ 3º Se resulta morte:

Pena: reclusão, de oito a quatorze anos.

§ 4º Aumenta-se a pena de um terço, se o agente é funcionário público ou, de qualquer forma, exerce funções de autoridade pública.

Também vêm previstos, no mesmo Projeto de Lei, figuras penais relativas ao apoderamento de meios de transporte —que por vezes é forma de terrorismo—, a sabotagem, e a ação de grupos armados, nestes termos:

Artigo 371. Apoderar-se ou exercer o controle, ilicitamente, de aeronave, embarcação ou outros meios de transporte coletivo, por motivo de facciosismo político ou com o objetivo de coagir autoridade:

Pena: reclusão, de dois a dez anos.

§ 1º Se resulta lesão corporal grave:

Pena: reclusão de quatro a doze anos.

§ 2º Se resulta morte:

Pena: reclusão, de oito a quatorze anos.

Artigo 372. Destruir, inutilizar, total ou parcialmente, definitiva ou temporariamente, meios de comunicação ao público ou de transporte, portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, instalações públicas ou estabelecimentos destinados ao abastecimento de água, luz, combustíveis ou alimentos, ou à satisfação de necessidades gerais e impreteríveis da população:

Pena: reclusão, de dois a oito anos.

§ 1º Na mesma pena incorre que praticar as condutas previstas neste artigo, mediante acréscimo, supressão ou modificação de dados, ou por qualquer outro meio interferir em sistemas de informação ou programas de informática.

§ 2º Se resulta lesão corporal grave:

Pena: reclusão, de quatro a quatorze anos.

§ 3º Se resulta morte:

Pena: reclusão, de oito a quinze anos.

Artigo 373. Praticar, por meio de grupos armados, civis ou militares, atos contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Pena: reclusão, de quatro a doze anos.

Por fim, merece referência a figura penal de seqüestro ou cárcere privado de autoridade estrangeira (artigo 377), e o crime de associação para o fim de pregar a discriminação ou o preconceito de raça, etnia, cor, sexo ou orientação sexual, condição física ou social, religião ou origem, cujas penas variam de um a três anos de reclusão (artigo 379), além do crime de discriminação racial já mencionado anteriormente.

Essas são as figuras penais que, após a aprovação do Projeto de Lei, passarão a integrar o sistema punitivo nacional, atendendo às disposições de tratados e convenções internacionais que regulam essas matérias.

C. Princípios para a aplicação do poder punitivo nacional

I. Princípios de conexão para o poder punitivo nacional

A regra geral de aplicação do poder punitivo nacional é a *territorialidade*. Tal regra vem inscrita no artigo 5º do CP. A mesma disposição vem expressa no artigo 7º do CPM.

No CP a regra vem completada com normas de extensão do conceito de “território nacional”, nos seguintes termos:

Artigo 5º Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido em território nacional.

§ 1º Para os efeitos penais, consideram-se como extensão do território nacional as embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro, onde quer que se encontrem, bem como as aeronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto mar.

§ 2º É também aplicável a lei brasileira aos crimes praticados a bordo de aeronaves ou embarcações estrangeiras de propriedade privada, achando-se aquelas em pouso no território nacional ou em vôo no espaço aéreo correspondente, e estas em porto ou mar territorial do Brasil.

A regra da territorialidade sofre algumas exceções, previstas no artigo 7º do CP, nas quais se aplica o chamado princípio da extraterritorialidade:

Artigo 7º Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:

I. os crimes:

- a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República;
- b) contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Poder Público;
- c) contra a administração pública, por quem está a seu serviço;
- d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil;

II. Eos crimes:

- a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir;
- b) praticados por brasileiros;
- c) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados.

§ 1º Nos casos do inciso I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro.

§ 2º Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições:

- a) entrar o agente no território nacional;
- b) ser o fato punível também no país em que foi praticado;
- c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição;
- d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido pena;
- e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.

§ 3º A lei brasileira aplica-se também ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, se, reunidas as condições previstas no parágrafo anterior:

- a) não foi pedida ou foi negada a extradição;
- b) houve requisição do Ministro da Justiça.

Vê-se, assim, que há diversas hipóteses de aplicação da lei brasileira fora do princípio da territorialidade estrita. No inciso I, *a*, aplica-se o princípio da personalidade passiva; nas alíneas *b* e *c*, aplica-se a regra da competência *ratione materiae*; na alínea *d*, sobre a qual já nos debruçamos, levam-se em conta os princípios da personalidade ativa ou da jurisdição universal mitigada.

Nas hipóteses previstas no inciso II, só se aplica a lei brasileira se estiverem presentes todas as condições previstas nos parágrafos. Nesses casos, aplicar-se-á o princípio da jurisdição universal mitigada —ou limitada— nas hipóteses da alínea *a*, o da personalidade ativa na hipótese da alínea *b*, e da extraterritorialidade estrita, nas hipóteses da alínea *c*. É importante ressaltar que, em todas as hipóteses do inciso II, exige-se que o crime seja abstratamente punível também no lugar em que tiver sido praticado, que não tenha sido extinta, por qualquer motivo, a punibilidade do crime, e que não tenha o agente sido processado pelo fato. Afasta-se assim, para estes casos, a possibilidade do *bis in idem*.

Na Lei nº. 9.455/97, a chamada Lei da Tortura, está expressamente previsto, além da regra da territorialidade, o princípio da aplicação da lei penal brasileira com base na personalidade passiva —se a vítima for brasileira— e o da jurisdição universal mitigada —entrar o agente em território nacional.

Além do princípio da territorialidade aplicável como regra geral, há exceções a tal princípio, previstas exatamente em relação aos crimes de genocídio (artigo 7º, inciso I, *d* do Código Penal) e ao crime de tortura (artigo 2º da Lei n. 9.455/97).

As hipóteses previstas no inciso I, do artigo 7º, são de extraterritorialidade incondicionada, isto é, aplica-se a lei brasileira sem qualquer condicionante, ainda que o agente tenha sido julgado no estrangeiro (artigo 7º, § 1º), com fundamento nos princípios de defesa (artigo 7º, inciso I, *a*, *b* e *c*) e da universalidade (artigo 7º, inciso I, *d*). Portanto, para o caso do crime de genocídio (inciso I, *d*), podemos afirmar que o Brasil adota o princípio da jurisdição extraterritorial incondicionada, que, porém, não se confunde com a jurisdição universal pura, porque exige que o agente seja brasileiro, ou estrangeiro domiciliado no país.

De acordo com a doutrina, a exigência prevista no artigo 7º, inciso I, *d*, para a aplicação da lei brasileira, afasta a idéia de jurisdição universal *stricto sensu*, que se refere ao processo iniciado “sem considerar o lugar em que se cometeu o delito ou contra quem se cometeu, e sem considerar o lugar em que se encontre na atualidade”, mas demonstra um “passo intermediário entre uma jurisdição baseada estritamente na territorialidade e uma jurisdição propriamente universal”. A hipótese também vem sendo chamada de “jurisdição universal mitigada”.¹⁵

¹⁵ Canêdo, op. cit., p. 211.

A regra contida no artigo 7º, § 1º, do CP,¹⁶ é abrandada pelo disposto no artigo 8º, no sentido de que “a pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas”.

As hipóteses estatuídas no inciso II, do artigo 7º, são de extraterritorialidade condicionada, porque a lei brasileira é aplicada quando satisfeitos certos requisitos, com base nos princípios da universalidade (artigo 7º, inciso II, *a*), da personalidade (artigo 7, inciso II, *b*), da representação, ou bandeira (artigo 7, inciso II, *c*) e da defesa (artigo 7º, § 3º). Vale dizer: para a hipótese de crimes que o Brasil obrigou-se a reprimir por tratado ou convenção (inciso II, *a*), a jurisdição extraterritorial poderá ser exercida mediante o preenchimento das condições descritas no § 2º, ainda quando o agente não seja brasileiro, nem esteja domiciliado no país, desde que entre em território da jurisdição brasileira.

Desvincula-se, para os autores de delitos previstos nos tratados ou convenções (exceção feita ao crime de genocídio), o critério da nacionalidade, mas exige-se o preenchimento de condições objetivas outras: entrada no território nacional, ser o crime punível no país em que foi praticado, ser crime para o qual a lei brasileira admita a extradição,¹⁷ e não haja *bis in idem*.

A lei que regulamenta o crime de genocídio não faz quaisquer referências sobre competência ou jurisdição. Já em relação à tortura a lei que a regulamentou contém disposição expressa, no sentido de que ser ela aplicável ainda que o crime não tenha sido cometido em território nacional, desde que a vítima seja brasileira ou que o agente se encontre em território brasileiro.¹⁸

Portanto, o crime de tortura, quanto à jurisdição, difere do crime de genocídio, pois não se vincula à nacionalidade do agente, mas sim da vítima, ambos exigindo que o agente se encontre em território nacional.

Para os demais crimes internacionais, não há regras específicas. Deve-se lembrar que o Brasil ratificou as Convenções de Genebra de 1949, as quais prevêem expressamente a aplicação do princípio da jurisdição universal. No entanto não há, na legislação brasileira, conforme já afirmado, possibilidade de se punir condutas previstas nos tratados internacionais como crimes internacionais, exceto se os tipos penais forem também previstos por lei interna. O direito penal internacional só pode ser

¹⁶Esta norma é de constitucionalidade duvidosa, tendo em vista o disposto no art. 5º, inc. XXXVI, da CR em vigor, que garante o direito de não ser julgado duas vezes pelo mesmo fato (*ne bis in idem*).

¹⁷A Constituição da República disciplina a extradição no artigo 5º, incisos LI e LII. É órgão competente, com exclusividade, para decidir sobre extradição, o Supremo Tribunal Federal, nos termos do disposto no art. 102 da Constituição da República.

¹⁸Diz o art. 2º da Lei 9.455/97: “O disposto nesta Lei aplica-se ainda quando o crime não tenha sido cometido em território nacional, sendo a vítima brasileira ou encontrando-se o agente em local sob jurisdição brasileira”.

diretamente aplicado para integração das normas penais de direito interno. Logo, não há como se proceder ao julgamento de agentes que tenham cometido, no exterior, crimes de guerra.

Como são diversas as hipóteses de aplicação extraterritorial da lei penal, ou de exercício de jurisdição universal, temos que algumas trazem restrições ao poder punitivo como limitações de punibilidade —portanto, de caráter material— e outras trazem limitações processuais ao exercício da jurisdição.

Na hipótese, por exemplo, dos crimes de genocídio e de tortura, para os quais se aplicam o princípio da jurisdição extraterritorial ou universal mitigada, há uma limitação de caráter processual, pois impõe como condição ao exercício da jurisdição a entrada do agente em território nacional. Já para os crimes de guerra, a limitação é material, pela falta de tipificação das condutas no ordenamento jurídico nacional.

Também vimos acima que, na hipótese de exercício de jurisdição extraterritorial prevista no artigo 7º, inciso II, do CP, há a necessidade de concorrerem várias condições: entrar o agente em território nacional (condição processual), ser o fato punível também no país em que foi praticado (condição material), estar o crime incluído entre aqueles que autorizam a extradição (condição material), não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido pena (condição material) e não ter sido por qualquer motivo extinta a punibilidade (condição material).

A regra geral, portanto, é de restrições de caráter material.

II. Caráter obrigatório ou discricionário da persecução

O Brasil não tem tradição de persecução penal de crimes internacionais. No caso de estrangeiros presos em território nacional, acusados de prática de crimes em outros países, a opção tem sido, em regra, a extradição.

Creemos importante salientar que, no sistema punitivo brasileiro, salvo algumas exceções em matéria de crimes contra a honra, crimes contra os costumes, crimes de dano —entre outros— a regra é a da obrigatoriedade da persecução penal, impondo-se ao Ministério Público a iniciativa da ação penal sempre que tenha elementos quanto à autoria e materialidade delitivas. Nos casos específicos de crimes de genocídio e de crimes de tortura, os únicos já expressamente previstos no ordenamento jurídico pátrio, não se poderia cogitar de discricionariedade em qualquer hipótese, já que são delitos que envolvem bens jurídicos como a vida e a integridade física de pessoas. Nestes casos, mesmo na legislação interna não há previsão de discricionariedade.

Assim, eventual discricionariedade na punição de estrangeiros pela prática de crimes internacionais pode existir enquanto opção entre julgar ou extraditar. Jamais poderia haver discricionariedade para isentar o fato de persecução.

D. Pressupostos gerais de punibilidade e isenções de pena

I. *Pressuposto geral da punibilidade e isenções de pena em comparação com o Estatuto de Roma*

1. Com a Reforma Penal de 1984, o legislador brasileiro passou a acolher, sem exceção, o direito penal da culpa. Assim, não se admite qualquer forma de punição penal baseada em responsabilidade penal objetiva. Em regram somente são puníveis as condutas dolosas. Excepcionalmente, e desde que expressamente previstas, é possível a punição a título de culpa.

Tanto o CP (artigo 18), quanto o CPM (artigo 33), admitem tanto o dolo direto —“quando o agente quis o resultado”— quanto o dolo eventual —“quando o agente assumiu o risco de produzir o resultado”.

Cabe destacar que o Anteprojeto de Lei de Implementação do Estatuto de Roma não traz dispositivo semelhante. Contudo, embora sem previsão expressa, a aplicação de tal regra decorre de seu caráter subsidiário, na medida em que seu artigo 15 estabelece que “aplica-se o Código Penal Brasileiro aos civis e o Código Penal Militar, no que não contrariarem esta lei”.

Em suma, ambos diplomas legais apresentam a mesma disciplina. Pune-se o crime *doloso*, cometido mediante *dolo direto ou eventual*.

2. O CP prevê a punição de crimes cometido de forma *culposa* (culpa em sentido estrito). O crime é culposo, quando “o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligencia ou imperícia” (artigo 18, inciso II).

A punição a título culposo, no entanto, é excepcional, somente sendo cabível nos crimes em que, expressamente, seja prevista a figura culposa. O parágrafo único do artigo 18 do CP, e o parágrafo único do artigo 33 do CPM estabelecem que “salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”.

Como já destacado, no Anteprojeto de Lei de Implementação do Estatuto de Roma tais dispositivos terão aplicação subsidiária (artigo 15).

Também o CPM, que terá aplicação no caso dos crimes de guerra nele previstos e, subsidiariamente, aos crimes de guerra previstos no Anteprojeto de Implementação do Estatuto de Roma, prevê a punição a título *culposo*, quando “o agente, deixando de empregar a cautela, atenção, ou diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever ou, prevenindo-o, supõe levemente que não se realizaria ou que poderia evitá-lo”.

Em resumo, embora com alguma variação terminológica, tanto o CP, quanto o CPM apresentam a mesma disciplina sobre o crime culposo. Todavia, a conduta somente é punida a título de *culpa* quando o legislador, expressamente, preveja um tipo penal culposo. Portanto, em regra, os delitos são punidos a título de dolo.

O CP prevê crimes culposos nos seguintes artigos: 121, § 3º; 129, § 6º, 250, § 1º; 252, parágrafo único; 270, § 2º; 271, parágrafo único; 272, § 2º; 273, § 2º; 278, § 2º; 280, parágrafo único; 312, § 2º.

O CPM estabelece, como modalidades *culposas*, os crimes dos artigos 179; 269, § 4º; 277; 278, parágrafo único; 281; 282, § 3º; 284, § 2º; 292, § 2º; 332, § 2º; 366, parágrafo único; 367; 377; 379, § 2º; 380 e 381.

No Anteprojeto de Implementação do Estatuto de Roma não há previsão expressa e específica de crime punido a título de culpa. De se destacar, porém, que o Anteprojeto, em seu artigo 10, reproduz o artigo 28 do Estatuto de Roma, que disciplina a responsabilidade dos chefes militares e outros superiores hierárquicos. Em tal dispositivo há previsão de responsabilidade dos comandantes pelos crimes cometidos por agentes sob o seu comando e controle efetivo, quando “deveria saber” que os estes estavam cometendo ou pretendiam cometer tais crimes e não tenha adotado todas as medidas necessárias e razoáveis no prevenir ou reprimir sua prática. Na doutrina nacional há grande discussão sobre o significado da expressão “deveria saber”, havendo corrente que entende tratar-se de dolo eventual e outra que considera como sendo hipótese de crime culposo.

Todas as figura criminais propostas somente são punidas quando praticadas de forma *dolosa*.

3. A Reforma da Parte Geral do CP, de 1984, modificou a disciplina do erro, substituindo os conceitos de *erro de fato* e de *erro de direito* pelo de “erro de tipo” e “erro de proibição”. A disciplina legal do erro vem assim definida:

Erro sobre elementos do tipo

Artigo 20. O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

Descriminantes putativas

§ 1º É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo.

Erro determinado por terceiro

§ 2º Responde pelo crime o terceiro que determina o erro.

Erro sobre a pessoa

§ 3º O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime.

Erro sobre a ilicitude do fato

Artigo 21. O desconhecimento da lei e inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Parágrafo único. Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir esse consciência.

Já o CPM mantém a disciplina do *erro de fato* e *erro de direito*, nos seguintes termos:

Erro de fato

Artigo 36. É isento de pena quem, ao praticar o crime, supõe, por erro plenamente excusável, a inexistência de circunstância de fato que o constitui ou a existência de situação de fato que tornaria a ação legítima.

Erro culposo

1º Se o erro deriva de culpa, a este título responde o agente, se o fato é punível como crime culposo.

Erro provocado

2º Se o erro é provocado por terceiro, responderá este pelo crime, a título de dolo ou culpa, conforme o caso.

A disciplina do CP, por ser mais técnica do que a CPM, foi adotada, integralmente, no Anteprojeto de Implementação do Estatuto de Roma, que reproduz os artigos 20 e 21 do CP, em seus artigos 12 e 13. Cabe observar, que mesmo para os crimes de guerra previstos no Anteprojeto, será esta disciplina que prevalecerá, posto que o Anteprojeto tem disposição expressa, distinta daquela existente do CPM.

Sobre a relevância do *erro de direito*, é de se distinguir o erro quanto ao conhecimento da lei, que é inexcusável, do erro sobre a ilicitude do fato, este sim, passível de isentar o agente de pena, quando se trata de erro invencível. Assim, o simples desconhecimento formal da lei, não exime de pena, de acordo com a regra *ignorantia legis neminen excusat*. Já o desconhecimento do caráter proibido da conduta, supondo, de forma justificada, que a mesma era lícita, isenta de pena.

4. Com relação à *tentativa*, ela é punível pelo CP, embora em tal caso incida causa de redução de pena, de um a dois terços.

O crime é tentado quando “iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente” (CP, artigo 14, inciso II).

Já o CPM, embora conceitue a *tentativa* nos mesmos termos do CP, apresenta disciplina diversa quanto à pena, na medida em que o juiz pode deixar de reduzi-la, punindo o crime tentado com a mesma pena do delito consumado (artigo 30, parágrafo único).

O Anteprojeto de Lei de Implementação do Estatuto de Roma considerou mais adequada a disciplina da legislação militar, que dá maior margem de discricionariedade ao julgador, adotando-a no seu artigo 7º, não apenas para os crimes de guerra, mas também para o genocídio e os crimes contra a humanidade.

Além da tentativa, o CP, em seu artigo 15, prevê as figura da *desistência voluntária* e o *arrepentimento eficaz*. A mesma disciplina é encontrada no artigo 31 do CPM. Ambos institutos têm incidência no Anteprojeto de Lei de Implementação do Estatuto de Roma, por aplicação subsidiária do CP e CPM.

De se destacar, também, a possibilidade da ocorrência de *desistência voluntária*, quando o agente, voluntariamente deixa de prosseguir na execução do crime, quando podia fazê-lo. Já o *arrepentimento eficaz* se verifica quando o agente, após terminada a fase de execução, impede que o resultado se produza. No primeiro caso, o agente ainda se encontra na fase de execução do crime e impede que ela prossiga. Já

no arrependimento eficaz, a etapa dos atos de execução já se findou, mas o agente impede que o resultado se produza.

CP prevê, por fim, a figura do *arrependimento posterior*, como causa de redução de pena: “Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços” (artigo 16).

O Anteprojeto de Lei de Implementação do Estatuto de Roma, em seu artigo 8º, exclui a aplicação do disposto no artigo 16 do CP, aos crimes nela definidos.

5. No concurso de pessoas, além da punição para o autor dos delitos, o CP artigo 29, *caput*, e o CPM, artigo 53, *caput*, também prevêem a punição, pelo mesmo crime, de quem auxilia, instiga ou induz terceira pessoa a cometê-los.¹⁹ Em regra, a pena do *participe* será a mesma do *co-autor* do delito.

O CP estabelece, ainda, que “se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço” (artigo 29, § 1º). De forma semelhante, o CPM prevê, em no artigo 53, § 3º, que “A pena é atenuada com relação ao agente, cuja participação no crime é de somenos importância”.

Prevê, ainda, o CP, a participação em crime diverso: “Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave” (artigo 29, § 2º).

Ainda quanto à participação e autoria, merece destaque o artigo 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, que prevê, como crime autônomo, uma modalidade de participação no genocídio. Constitui crime: “Incitar, direta e publicamente, alguém a cometer qualquer dos crimes de que trata o artigo 1º”.

Cabe ressaltar que o Anteprojeto de Lei de Implementação do Estatuto de Roma, em seu artigo 20, reproduz a mesma sistemática da lei de genocídio.

Em suma, com relação aos crimes internacionais, não há previsão de regra específica sobre a *autoria*, *co-autoria* e *participação*.

6. Com relação à punição da *omissão*, além do crime omissivo próprio, que depende do tipo penal estabelecido pelo legislador, há também previsão de punição para os crimes comissivos por omissão, nos casos em que o agente estava na posição de garantidor da inocorrência do resultado.

Assim, o CP, ao disciplinar a relevância causal da *omissão*, estabelece, em seu artigo 13, § 2º, que:

Relevância da omissão

§ 2º A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para

¹⁹De outro lado, nos termos do art. 31, do CP, “o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado”.

evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

A mesma redação é encontrada no artigo 29, § 2º, do CPM.

Este regramento aplica-se, subsidiariamente, ao Anteprojeto de Lei de Implementação do Estatuto de Roma, sempre nos termos do disposto no artigo 15.

7. O CP não apresenta uma regra especial de *responsabilidade para o superior hierárquico*. Todavia, no campo da dosimetria da pena, estabelece que tal situação autoriza uma majoração da sanção do agente que “promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes” (artigo 62, inciso I), ou “instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal” (artigo 62, inciso III). O mesmo regramento encontra-se no CPM em seu artigo 53, § 2º, inciso I e III.

De se destacar que o *superior hierárquico* responde pelo ato praticado por seu subordinado, que cumpre ordem não manifestamente ilegal, como será analisado no item seguinte.

O Anteprojeto de Lei de Implementação do Estatuto de Roma reproduziu, em seu artigo 10, o disposto no artigo 28 do Estatuto de Roma, quanto à responsabilidade penal do superior hierárquico.²⁰

²⁰ Art. 10. Além de outros fatores determinantes de responsabilidade penal, responde ainda pelos crimes previstos nesta lei:

- I. quem, por força de ofício, cargo ou função, oficial ou não, devia e podia evitar sua prática e omitiu-se deliberadamente quando lhe era possível impedi-lo ou fazê-lo cessar a tempo de evitar as ameaças ou danos.
- II. o comandante militar ou a pessoa que atue efetivamente como comandante militar, pelos crimes cometidos por agentes sob o seu comando e controle efetivo, ou sua autoridade e controle efetivo, dependendo do caso, por não ter exercido apropriadamente o controle sobre esses agentes quando:
 - sabia ou, em razão das circunstâncias do momento, deveria saber que os agentes estavam cometendo ou pretendiam cometer tais crimes; e
 - não tenha adotado todas as medidas necessárias e razoáveis no âmbito de sua competência para prevenir ou reprimir sua prática ou para levar o caso ao conhecimento das autoridades competentes para fins de investigação e persecução.
- III. No que se refere às relações entre superior e subordinado não descritas no inciso II, o superior pelos crimes que tiverem sido cometidos por subordinados sob sua autoridade e controle efetivo, em razão de não ter exercido um controle apropriado sobre esses subordinados, quando:
 - teve conhecimento ou, deliberadamente, não levou em consideração a informação que indicava que os subordinados estavam cometendo tais crimes ou se preparavam a cometê-los;
 - os crimes estavam relacionados com atividades sob sua responsabilidade ou controle efetivos; e

8. Na disciplina do *cumprimento de ordem de superior hierárquico* o CP, em seu artigo 22, prevê uma causa de exclusão de culpabilidade, quando o fato é cometido “em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico”, hipótese em que só é punível o autor da coação ou da ordem.

Substancialmente, a mesma regra vem estabelecida no CPM, no artigo 38:

Artigo 38. Não é culpado quem comete o crime:

Coação irresistível

- a) sob coação irresistível ou que lhe suprima a faculdade de agir segundo a própria vontade;

Obediência hierárquica

- b) em estrita obediência a ordem direta de superior hierárquico, em matéria de serviços.

§ 1º Responde pelo crime o autor da coação ou da ordem.

§ 2º Se a ordem do superior tem por objeto a prática de ato manifestamente criminoso, ou há excesso nos atos ou na forma da execução, é punível também o inferior.

Já o Anteprojeto de Lei de Implementação do Estatuto de Roma apresenta disciplina diversa:

Artigo 14. A obediência a ordens de superior hierárquico, civil ou militar, não constitui causa excludente, exceto nos crimes de guerra quando:

- a) estiver o agente obrigado por lei a obedecer a ordens emanadas de autoridade ou do superior hierárquico;
- b) não tiver conhecimento de que a ordem era ilegal; e
- c) a ordem não for manifestamente ilegal.

Embora com alguma diferença redacional, substancialmente os três dispositivos são iguais, isentando de pena quem pratica o ato em *obediência a ordem de superior hierárquico*, em ato relacionado ao serviço, desde que a ordem não seja manifestamente ilegal (ou criminosa).

Destaque-se, por fim, que o Anteprojeto também traz disciplina específica sobre a coação irresistível.²¹

9. A *legítima defesa* é prevista como uma das causas excludentes de ilicitude, tanto o CP quanto o CPM (artigo 23, inciso II e artigo 42, inciso II, respectivamente), sendo definida nos seguintes termos: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta

– não adotou todas as medidas necessárias e razoáveis no âmbito de sua competência para prevenir ou reprimir sua prática ou para levar o caso ao conhecimento das autoridades competentes para fins de investigação e persecução.

²¹ Art. 11. Somente será considerada irresistível a coação decorrente de ameaça de morte ou de ofensa grave à integridade física ou à saúde exercida contra o agente ou contra terceiros, desde que o agente:

- a) atue de forma razoável e necessária para evitar a coação; e
- b) não tenha dado causa à situação da coação.

agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem” (CP, artigo 25; CPM, artigo 44, *caput*).

De se destacar que, em ambos diplomas legais, pune-se o excesso doloso ou culposo. O CP limita-se a prever a responsabilidade do agente pelo excesso (CP, artigo 23). Já o CPM apresenta disciplina mais detalhada, nos artigos 45 e 46.²²

10. Também o *estado de necessidade* está previsto, tanto o CP quanto o CPM, como excludente de ilicitude, que afasta o caráter criminoso da conduta (artigo 23, inciso I e artigo 42, inciso I, respectivamente).

O *estado de necessidade* é definido de forma diversa no CP e no CPM.

Diz o CP que:

Estado de necessidade

Artigo 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

§ 1º Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

§ 2º Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.

Já o CPM dispõe que:

Estado de necessidade, como excludente do crime

Artigo 43. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para preservar direito seu ou alheio, de perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, desde que o mal causado, por sua natureza e importância, é consideravelmente inferior ao mal evitado, e o agente não era legalmente obrigado a arrostar o perigo.

A diferença básica está no elemento que exige a ponderação entre o bem sacrificado e o bem protegido. Enquanto o CP se limita a dispor que o “sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir”, a lei militar, de forma mais detalhada, exige que “o mal causado, por sua natureza e importância, é consideravelmente inferior ao mal evitado”.

Com relação ao excesso doloso ou culposo, vale o que já foi considerado quanto à legítima defesa.

²² Art. 45. O agente que, em qualquer dos casos de exclusão de crime, excede culposamente os limites da necessidade, responde pelo fato, se este é punível, a título de culpa.

Parágrafo único. Não é punível o excesso quando resulta de escusável surpresa ou perturbação de ânimo, em face da situação.

Art. 46. O juiz pode atenuar a pena ainda quando punível o fato por excesso doloso.

11. O problema da *imputabilidade*, especificamente com relação ao *menor*, encontra disciplina tanto em nível constitucional, quanto na legislação ordinária. O CP estabelece que “Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial” (artigo 27).

Já no CPM a disciplina é diversa, havendo casos em que se admite a responsabilidade penal para menores de 18 (dezoito) anos e maiores de 16 anos, em determinadas circunstâncias: “O menor de dezoito anos é inimputável, salvo se, já tendo completado dezesseis anos, revela suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com este entendimento” (artigo 50). Neste caso, a pena aplicável é diminuída de um terço até a metade. Além disto, há casos no CPM de pessoas que são equiparáveis aos maiores de dezoito anos.²³

De se destacar, porém, que a CR de 1988, posterior a ambos diplomas acima citados, estabelece, em seu artigo 228, que os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas da legislação especial. Assim, diante da nova disciplina constitucional, não foram recepcionados os dispositivos do CPM que previam a responsabilidade penal dos *menores de 18 anos*, inclusive nos casos em que equiparava menores em determinadas situações aos maiores de 18 anos.

O Anteprojeto de Lei de Implementação do Estatuto de Roma não apresenta disciplina específica quanto à menoridade penal, prevalecendo, pois, a regra geral dos 18 (dezoito) anos.

Não há disciplina específica para a punição do menor em caso de crimes internacionais. De qualquer forma, diante da vedação constitucional, mesmo no caso de crimes internacionais, não se poderá punir o menor de 18 anos.

12. Nos crimes internacionais não há *normas de determinação de pena especiais*.

Com relação aos crimes de guerra previstos no CPM, há causa de aumento de pena, de um terço, em relação a pena dos mesmos crimes cometidos em tempo de paz (artigo 20). Merece destaque, ainda, o fato de o CPM prever a pena de morte (artigo 55, letra *a*). Aliás, a única hipótese em que a CR brasileira admite a pena de morte é para os crimes militares em tempo de guerra (artigo 5º, inciso XLVVI, letra *a*).

²³ Art. 51. Equiparam-se aos maiores de dezoito anos, ainda que não tenham atingido essa idade:

- a) os militares;
- b) os convocados, os que se apresentam à incorporação e os que, dispensados temporariamente desta, deixam de se apresentar, decorrido o prazo de licenciamento;
- c) os alunos de colégios ou outros estabelecimentos de ensino, sob direção e disciplina militares, que já tenham completado dezessete anos.

Não há nenhum dispositivo legal que preveja *finalidade especial* para a pena, no caso dos crimes internacionais. As finalidades são as mesmas previstas para os crimes comuns, de repressão e prevenção.

13. Na legislação brasileira não há previsão de *responsabilidade penal das pessoas jurídicas* por crimes internacionais.

A CR brasileira somente admite a *responsabilidade penal da pessoa jurídica* nos casos de crimes ambientais (CR, artigo 225, § 3º) e crimes contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular (artigo 173, § 5º).

Contudo, no plano infraconstitucional, somente há lei prevendo a responsabilidade penal da pessoa jurídica para os casos de crimes ambientais (Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1.998, artigos 21 a 24). Não houve, ainda, disciplina legal prevenindo a possibilidade da pessoa jurídica praticar crimes contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular. Cabe ressaltar que a doutrina majoritária vem entendendo que somente nestes casos previstos expressamente na CR é que o legislador poderá estabelecer hipóteses de responsabilidade penal da pessoa jurídica. Assim, nos demais casos, que incluiriam os crimes internacionais, continuaria a vigorar a máxima *societas delinquere non potest*.

Em suma, não há, pois, responsabilidade penal para a pessoa jurídica em relação aos crimes internacionais.

14. Com relação às *imunidades*, cabe distinguir as de caráter internacional, daquelas de natureza interna.

Quanto às imunidades internacionais, o Brasil é signatário da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, de 1961 (ratificada em 25 de março de 1965, tendo entrado em vigor para o Brasil em 4 de abril do mesmo ano; promulgada pelo Decreto 56.435, de 8 de junho de 1965), que em seu artigo 31, § 1º, dispõe: “o agente diplomático gozará de imunidade de jurisdição penal do Estado acreditado”.

A Convenção de Viena sobre Relações Consulares, da qual o Brasil também é signatário (ratificada em 11 de maio, tendo entrado em vigor para o Brasil em 11 de junho de 1967; promulgada pelo Decreto n. 61.078, de 26 de junho de 1967) assegura, em seu artigo 43, § 1º: “que os funcionários consulares e os empregados consulares não estão sujeitos à jurisdição das autoridades judiciárias e administrativas do Estado receptor, pelos atos realizados no exercício das funções consulares”.

A questão dos acordos bilaterais que têm sido promovidos pelos Estados Unidos, com base no artigo 98, II, do ER, não tem suscitado debates mais intensos. O tema é pouco discutido nos meios de informação e a população, de uma maneira geral, ignora o problema. No meio jurídico tem-se combatido e repudiado os acordos bilaterais, prevalecendo o entendimento de que o Brasil não deve firmar tal tipo de compromisso.

Com relação à *imunidade* interna, a CR assegura, em seu artigo 53, *caput*, que “os deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão invioláveis, civil e

penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos”. Também há previsão de *imunidade*, embora mais restrita, para os Vereadores, que são invioláveis “por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município” (CR, artigo 29, inciso VIII).

Cabe destacar que o Anteprojeto de Lei de Implementação do Estatuto de Roma, em seu artigo 9º, prevê que “o exercício de cargo ou função oficial, civil ou militar, não eximirá o agente da responsabilidade penal, nem poderá, per se, constituir motivo para redução da pena”.

15. Passando à análise das hipóteses e prazos de *prescrição*, no sistema brasileiro, a regra é que os crimes são prescritíveis, salvo algumas exceções previstas na própria CR. São *imprescritíveis* os crimes de racismo (CR, artigo 5º, inciso XLII) e a “ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito” (CR, artigo 5º, inciso XLIV).

Não há prazo de prescrição genérico. O prazo prescricional varia de acordo com a quantidade da pena cominada ao delito e, posteriormente à sentença, é calculado com base na pena efetivamente aplicada. O CP estabelece, em seu artigo 109, os seguintes prazos prescicionais:

Artigo 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§ 1º e 2º do artigo 110 deste código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se.

- I. em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;
- II. em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;
- III. em doze anos, se o máximo da pena superior a quatro anos e não excede a oito;
- IV. em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;
- V. em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;
- VI. em dois anos, se o máximo da pena é inferior a um ano.

Prescrição das penas restritivas de direito

Parágrafo único. Aplicam-se às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade.

Por seu lado, o CPM, aplicável aos crimes de guerra, estabelece que:

Artigo 125. A prescrição da ação penal, salvo o disposto no § 1º deste artigo, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

- I. em trinta anos, se a pena é de morte;
- II. em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;
- III. em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito e não excede a doze;
- IV. em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro e não excede a oito;
- V. em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois e não excede a quatro;
- VI. em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;
- VII. em dois anos, se o máximo da pena é inferior a um ano.

Para dar cumprimento à obrigação internacional de prever a *imprescritibilidade* dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade, o artigo 3º do Anteprojeto de Lei de Implementação do Estatuto de Roma estabelece: “os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra são imprescritíveis”. Além disto, o parágrafo único do mencionado dispositivo legal estabelece que as únicas causas de extinção da punibilidade, em relação a tais delitos, são a morte do agente e a retroatividade da lei penal mais benéfica que não mais considere o fato como crime. Como já destacado no item 1.2, em matéria penal, a lei é a única fonte jurídica, em sentido estrito, no que se refere às normas incriminadoras, o que inclui as regras sobre prescrição. Assim, não é possível admitir a imprescritibilidade dos crimes internacionais com base em normas consuetudinárias.

16. No sistema constitucional brasileiro, em regra, é possível ao Poder Legislativo conceder *anistia* aos delitos. Também pode o Presidente da República conceder *graça* individual ou coletiva aos condenados (CR, artigo 84, inciso XII). Há, porém, exceções, em que a própria CR prevê a impossibilidade de concessão de anistia e de graça. Assim, são insuscetíveis de anistia ou graça “a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos” (CR, artigo 5º, inciso XLIII).

Mais uma vez, merece destaque o Anteprojeto de Lei de Implementação do Estatuto de Roma que estabelece, em seu artigo 3º, *caput*, que “os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra são insuscetíveis de anistia, graça ou indulto”.

17. Com relação à aplicação a lei penal no tempo, a *proibição de retroatividade* é prevista na CR, em seu artigo 5º, inciso XXXIX. A mesma regra é encontrada no artigo 1º do CP e do CPM. Assim, fica totalmente excluída a possibilidade de aplicação das normas que prevejam crimes internacionais a fatos cometidos antes do início de sua vigência.

18. No ordenamento jurídico brasileiro a garantia do *ne bis in idem* está ligada à coisa julgada, que é assegurada constitucionalmente, no artigo 5º, inciso XXXVI.

A garantia do *ne bis in idem* é excepcionada, em poucos casos. Mais especificamente, nas hipóteses em que se aplica a regra da extraterritorialidade incondicionada, o agente pode ser punido, segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no exterior (CP, artigo 7º, § 1º).²⁴ Já o CPM estabelece exceções mais abrangentes a tal garantia: “aplica-se a lei penal militar, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido, no todo ou em parte no território

²⁴ Isto ocorre nos seguintes crimes: a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República; b) contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público; c) contra a administração Pública, por quem está a seu serviço; d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil.

nacional, ou fora dele, ainda que, neste caso, o agente esteja sendo processado ou tenha sido julgado pela justiça estrangeira” (artigo 7º). De se observar, ainda, que em ambos os casos, a pena cumprida no estrangeiro será descontada da pena imposta no Brasil (CP, artigo 8º, e CPM artigo 8º)

Em suma, no ordenamento jurídico brasileiro vigora a garantia do *ne bis in idem*, salvo nos caso em que se aplica a regra da extraterritorialidade incondicionada, hipóteses em que, mesmo que o agente tenha sido absolvido ou condenado no exterior, poderá ser processado no Brasil.

E. Procedimentos especiais para os crimes internacionais

No sistema processual brasileiro, não há procedimentos especiais para processo e julgamento dos crimes internacionais. Em regra, utilizam-se os procedimentos ordinários afetos ao processo comum e ao processo militar.

O CPP prevê duas grandes categorias de procedimentos: os comuns e os especiais. O procedimento comum subdivide-se em ordinário e sumário. Em regra, o procedimento ordinário aplica-se aos crimes mais graves, porque punidos com reclusão, enquanto que o procedimento sumário aplica-se aos crimes cuja pena prevista seja de detenção, prisão simples ou multa.

No sistema do CPP, a persecução penal é dividida em duas fases: a primeira, caracterizada pelo inquérito policial, é inquisitória; a segunda fase, em que ocorre o processo judicial, tem natureza acusatória.²⁵ De se destacar que, em face da CR de 1988, não pode restar qualquer dúvida sobre a adoção do processo penal acusatório. Na CR estão separadas, claramente, as funções de julgar, acusar e defender. O julgamento é conferido exclusivamente aos membros do Poder Judiciário. De outro lado, o monopólio da ação penal de iniciativa pública foi conferido ao Ministério Público (CR, artigo 129, inciso I), sendo vedada qualquer forma de ação penal *ex officio*. Além disto, juízes e promotores de justiça integram instituições distintas. O Ministério Público não integra nem o Poder Executivo, nem o Poder Judiciário, sendo considerado uma função essencial à Justiça. Por fim, na mesma categoria, também são incluídas a Advocacia e as Defensorias Pública, que exercem a defesa técnica no processo penal (CR, artigo 133 e 134, respectivamente). Além disto, ao acusado são asseguradas uma série de garantias, como contraditório e a ampla defesa (CR, artigo

²⁵ Não se pode olvidar, porém, da advertência de Helio Tornaghi (*Instituições de processo penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1959, v. III, pp. 480-1), que analisando a sistemática originária do CPP, destacava “se bem que o inquérito seja inquisitório e o processo judiciário acusatório, em suas linhas gerais, na verdade um e outro apresentam brechas: no inquérito permite-se ao ofendido e ao indiciado requererem diligências (Código de Processo Penal, art. 14). E na fase judiciária, inúmeros são os atos escritos, permite-se, por vezes, o segredo (v. g., Código de Processo Penal, arts. 486, 561, VI, 745, 792, § 1º) e o juiz pode sempre determinar diligência para descobrir a verdade (Código de Processo Penal, arts. 156, *fine*, 176, 209, etc.)”.

5º, inciso LV); o devido processo legal (CR, artigo 5º, inciso LIV); a presunção de inocência (CR, artigo 5º, inciso LVII), o direito ao silêncio (CR, artigo 5º, inciso LXIII). Por fim, todos os atos jurisdicionais deverão ser, em regra, públicos e as decisões necessitam de fundamentação (CR, artigo 93, inciso IX).

Porém, embora não reste dúvida sobre a opção do legislador constituinte, em adotar um sistema acusatório, na prática, tem se observado que nem sempre as coisas funcionam segundo o modelo estabelecido. Um dos principais desvirtuamentos e a possibilidade da utilização, durante o processo, das provas colhidas durante o inquérito policial, de natureza inquisitória. Há casos, inclusive, de condenações baseadas apenas em provas colhidas na fase inquisitorial, desprezando-se, muitas vezes, a própria prova colhidas em contraditório e perante o juiz.

O procedimento comum ordinário do CPP inicia-se com o oferecimento da denúncia. Como seu recebimento, são determinadas a citação do acusado e sua notificação para o interrogatório. Após a realização desses atos, o acusado tem o prazo de 3 dias para oferecer defesa prévia e alegar exceções. Segue-se a realização de audiência para ouvir as testemunhas de acusação e outra para a oitiva das testemunhas de defesa. A acusação e a defesa poderão arrolar até 8 de testemunhas. Terminada a inquirição das testemunhas, as partes poderão, no prazo de 24 horas sucessivas, requerer diligências, cuja necessidade ou conveniência se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução. Concluídas as diligências requeridas e ordenadas, as partes devem apresentar alegações finais escritas no prazo de 3 dias, também sucessivamente, seguindo-se a sentença. Todavia, antes de julgar o processo, o juiz poderá sanar eventuais nulidade ou determinar a realização de diligências necessárias ao esclarecimento dos fatos.

No CPPM, também há previsão de procedimento ordinário, e de procedimentos especiais. A primeira fase da persecução penal é feita através do inquérito policial militar, sendo que na segunda fase instaura-se verdadeiramente o processo judicial. O procedimento ordinário inicia-se com o recebimento da denúncia. Cita-se o acusado e se determina a intimação das testemunhas arroladas na denúncia. Instala-se, então, o Conselho de Justiça, órgão colegiado, que irá julgar o caso. Designa-se data para interrogatório do acusado, que deverá se realizar pelo menos 7 dias depois da designação. Realizado o interrogatório, o acusado, no prazo de 48 horas, poderá opor exceções e alegar qualquer outra matéria de defesa. Realiza-se a audiência para a oitiva das testemunhas de acusação. As testemunhas de defesa poderão ser indicadas em qualquer fase da instrução, desde que não exceda o prazo de 5 dias após a oitiva da última testemunha de acusação. Encerrada a oitiva das testemunhas de defesa, abre-se vista dos autos, no prazo de 5 dias, para as partes formularem eventuais requerimentos. O juiz poderá determinar a realização de diligências que entender necessárias. As partes têm prazo de 8 dias para apresentar alegações escritas. Os autos vão conclusos ao auditor, que ainda poderá ordenar a realização de diligências para sanar nulidades ou esclarecer a verdade. Designa-se, então, dia e hora para julgamento perante o Con-

selho de Justiça. No dia de julgamento, aberta a sessão, passa-se à leitura de peças do processo. As partes terão a palavra, primeiro a acusação e depois a defesa, pelo prazo de 3 horas. Poderá haver réplica e tréplica, pelo prazo de 1 hora, para cada parte. Concluídos os debates, o Conselho de Justiça passa a deliberar, em sessão secreta. Após a votação, a sentença é redigida pelo auditor. Reaberta a sessão, o resultado é proclamado pelo presidente do Conselho de Justiça (auditor). Se a sentença não for lida na própria sessão, o auditor marcará sessão pública, no prazo máximo de 8 dias, para a leitura da sentença.

Estes procedimentos são aplicáveis à generalidade dos crimes, sem qualquer especificidade para os crimes internacionais. Apenas no que diz respeito à competência, é que haverá tratamento específico para os delitos internacionais. Sendo o Brasil um estado federativo, a regra é o julgamento dos crimes pelos sistemas judiciais dos Estados federados. Somente em hipóteses expressamente previstas na CR é que a competência será das Justiças Especializadas ou da Justiça Federal. O deslocamento da competência pode dar-se *ratione materiae*, *ratione personae* e *ratione loci*.

A matéria sobre competência vem regulada nos artigos 101 e seguintes da CR. Assim, compete ao Supremo Tribunal Federal (STF) julgar, originariamente, o Presidente da República, o Vice Presidente, os membros do Congresso Nacional, os Ministros de Estado e o Procurador Geral da República, pela prática de infrações penais comuns; pelos crimes comuns e de responsabilidade, estão também sujeitos à competência do STF os Ministros de Estado, os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missões diplomáticas permanentes (CR, artigo 102, *a* e *b*).

Ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) compete julgar, originariamente, nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal e, também por crimes de responsabilidade, os Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos dos Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais (CR, artigo 104, inciso I, *a*).

Aos Tribunais Regionais Federais (TRFs) compete processar e julgar originariamente, por crimes comuns e de responsabilidade, os juízes de sua área de jurisdição, incluídos os juízes federais do Trabalho e os da Justiça Militar, os membros do Ministério Público da União (CR, artigo 108, inciso I, *a*). É competência dos juízes federais de primeiro grau o processo e julgamento das causas entre Estados estrangeiros ou organismo internacional e município ou pessoa domiciliada no país (CR, artigo 109, inciso II) e as causas fundadas em tratados ou contrato da União com estado estrangeiro ou organismo internacional (CR, artigo 109, inciso III). Em matéria penal, compete à Justiça Federal o processo e julgamento dos crimes políticos e das infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas

entidades autárquicas ou empresas públicas, ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral (CR, artigo 109, inciso IV), bem como os crimes contra a organização do trabalho e o sistema financeiro (CR, artigo 109, inciso VI). Também, os crimes cometidos a bordo de naves ou aeronaves (CR, artigo 109, inciso IX) e de ingresso ou permanência irregular de estrangeiros (CR, artigo 109, inciso X). Por fim, e no que mais nos interessa, destaca-se que cumpre também aos juízes federais processar e julgar os crimes previstos em tratados ou convenções internacionais, quando, iniciada a execução no país, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente (CR, artigo 109, inciso V).

O destaque desta última previsão tem por fundamento o fato de que, anteriormente, a redação do inciso remetia à Justiça Federal o processo e julgamento de quaisquer crimes previstos em tratados ou convenções ratificados pelo país. No entanto, após a Emenda n. 7/77 à CR de 1969, acresceu-se a exigência de que o crime tivesse *iniciada sua execução no país, ou seu resultado ocorresse no país*. Essa redação foi incorporada ao texto constitucional de 1988. A restrição da competência da Justiça Federal para processo e julgamento dos crimes previstos em tratados teve como conseqüência a dispersão dos procedimentos pelos sistemas judiciários dos Estados federados, nem sempre equipados para dar respostas efetivas à opinião pública internacional. Ademais, desde que remetidos os processos às Justiças Estaduais, fica a União sem poderes para intervir adequadamente e exigir a pronta resposta penal, sujeitando o país a ver-se responsabilizado perante instâncias internacionais, como a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Por tais razões, está em tramitação Projeto de Lei que remete à Justiça Federal o processo e julgamento dos crimes de violação de direitos humanos, bem como de crimes os quais o país obrigou-se por tratados ou convenções a reprimir e punir. Da mesma forma, no Anteprojeto de implementação do Estatuto de Roma, os crimes ali descritos são apontados como crimes contra os interesses da União e, por tal razão, de competência exclusiva da Justiça Federal, comum ou militar.

No Anteprojeto, afora os procedimentos específicos relativos à cooperação judiciária entre o país e o Tribunal Penal Internacional, o processo e julgamento dos crimes seguirá os ritos procedimentais ordinários da Justiça Federal, comum ou militar. Em seu texto, há apenas duas especificidades. A primeira é o afastamento dos prazos procedimentais, do termo máximo para o término da instrução —que passa de 81 dias para dois anos—, quando o acusado estiver preso. A outra diferença e a inexistência de limitação do número de testemunhas que podem ser arroladas pelas partes, devendo ficar tal questão a critério do Juízo.

Afasta-se também, no Anteprojeto, o julgamento pelo Tribunal do Júri.

Por fim, o Anteprojeto prevê expressamente a imprescritibilidade dos crimes de genocídio, contra a humanidade e de guerra, adequando-se assim à expressa previsão do Estatuto de Roma.

F. A prática da persecução penal efetiva

Não se tem conhecimento de pesquisas realizadas com o intuito de apurar a efetiva aplicação das leis de repressão e punição de crimes internacionais no país.

Alguns casos que chegaram ao conhecimento dos meios de comunicação referem-se à descoberta de criminosos procurados pela prática de crimes internacionais e que se encontravam homiziados em nosso país. No entanto, não foi instaurada a instância punitiva, já que se optou pela concessão de extradição aos Estados Requerentes, nos quais os crimes foram praticados ou de onde os procurados seriam nacionais.

Podemos dizer que o Brasil possui uma legislação que lhe permite o exercício da jurisdição universal mitigada, mas não há casos conhecidos de seu efetivo exercício.

Com relação aos crimes cometidos no período do regime militar, hipóteses que hoje seriam consideradas delitos contra a humanidade, diante da anistia constitucional concedida pela Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, tais delitos acabaram restando sem punição, por ter se operado a extinção da punibilidade por força a anistia.²⁶

Em conclusão, pode-se dizer que não há precedentes no Brasil de julgamentos de crimes internacionais.

O Poder Judiciário e seus membros têm garantias de independência e de imparcialidade asseguradas constitucionalmente, não sendo detectados casos de obstrução da atividade jurisdicional por parte do Poder Executivo.

Os principais obstáculos a uma prática persecutória efetiva em relação aos crimes internacionais, quando não praticados em território nacional, dizem respeito à mentalidade dos operadores do direito, inclusive do próprio Poder Judiciário. Por se tratar de matéria recente, não é comum o interesse e, em alguns casos, não há mesmo conhecimento jurídico, por parte dos operadores do direito, de que é possível a persecução de tais delitos, com base no princípio da jurisdição universal mitigada.

²⁶ Art 1º. “É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de Fundações vinculadas ao Poder Público, aos servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (Vetado).

§ 1º Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

§ 2º Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal”.

G. Projetos de reforma. Valoração jurídica. Debate jurídico-político

I. Projetos de reforma

No correr do texto foram mencionados alguns projetos de reforma legislativa destinados a adequar o sistema punitivo nacional com vistas à persecução dos chamados crimes internacionais.

A merecer destaque existe o Projeto de Lei n. 6.764/2002, já mencionado, e que trata dos crimes contra o Estado Democrático de Direito, tipificando, a exemplo, o crime de terrorismo.

Mais importante, entretanto, é o Anteprojeto de Lei de Implementação do Estatuto de Roma.

Visando manter maior fidelidade possível ao Estatuto de Roma, afirmou-se, primeiramente, a necessidade do exercício da jurisdição interna sobre os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, com a expressa previsão da cláusula de jurisdição universal mitigada, ou seja, bastando que o autor esteja em território sujeito à jurisdição brasileira. Foram mantidas as disposições de garantia penal, tais como as de irretroatividade e reserva legal. Optou-se por prever disposições gerais, comuns a todos os tipos penais, ao invés de repeti-las a cada enunciado típico. Acolheu-se a ausência de imunidades. Afastou-se a figura do arrependimento posterior como hipótese de redução de pena. Manteve-se a responsabilidade dos comandantes na hipótese de potencial conhecimento dos fatos perpetrados por seus subordinados.

O Projeto tipifica cada um dos crimes descritos no Estatuto de Roma, adequando-se por vezes a linguagem, para adaptá-la à nossa tradição romano-germânica. Como dito anteriormente, nosso sistema não admite a tipificação penal através de tipos excessivamente abertos, que impedem o conhecimento efetivo da conduta proibida. Assim, deixou de constar, a exemplo, o crime previsto no artigo 7º, alínea g, do Estatuto de Roma, que se refere a outras formas de violência sexual de igual gravidade.

Além de implementar o Estatuto de Roma, a proposta cumpre antigas obrigações internacionais de o Estado brasileiro punir as mais graves ofensas à pessoa humana, tais como as previstas nas quatro Convenções de Genebra de 1949.

Entre outras peculiaridades do Anteprojeto destaca-se o fato de que, conquanto muitos dos novos tipos penais assemelhem-se a dispositivos já existentes na legislação penal comum e militar, destes se diferenciam na medida em que pressupõem condições e contexto especiais para sua caracterização. O crime contra a humanidade de tortura (artigo 29), por exemplo, não se confunde com a figura prevista na Lei n.º 9.455/97, pois um de seus elementos é o de que a conduta seja praticada “no contexto de ações generalizadas ou sistemáticas dirigidas contra população civil, em conformidade com a política de um Estado ou de uma organização, oficial ou não, de praticar ou promover essas ações” (artigo 22). De maneira semelhante, os crimes de guerra exigem o contexto de um conflito armado internacional (artigo 43) ou não-internacional (artigo 44).

Em geral, os princípios e regras da legislação penal e processual penal, comum e militar, são preservados, havendo disciplina específica, tanto para os casos em que o Estatuto de Roma dispõe de maneira diversa, como para manter coerência com o ordenamento jurídico nacional. Além disso, supera os obstáculos de modo a afirmar a primazia da jurisdição interna.

Dentre os aspectos inovadores do Título I, destaca-se a disciplina mais restrita das causas de extinção da punibilidade, com o fim de evitar que crimes deixem de ser julgados pela jurisdição interna, o que ensejaria o julgamento pelo Tribunal Penal Internacional. Com isto, atende-se também à norma consuetudinária internacional, que há muito afirma a imprescritibilidade de crimes desta natureza.

O Título II unifica o tratamento do crime de genocídio, ao eliminar as distinções entre a legislação penal comum e militar, inclusive no que concerne à cominação das penas. Suprime-se, assim, a pena de morte para o genocídio praticado por militar em tempo de guerra.

No Título III, são criados novos tipos penais, entre os quais merecem destaque as várias espécies de crimes sexuais, o desaparecimento forçado de pessoas e a segregação racial.

No Título IV, relativo aos crimes de guerra, grande inovação é a definição de conflito armado internacional e não-internacional, de pessoas e bens protegidos e de objetivos militares. Além disto, com os novos tipos penais supre-se lacuna existente no ordenamento jurídico pátrio, na medida em que satisfazem obrigações internacionais anteriormente assumidas.

No Título V, que prevê crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, há uma inversão do princípio da complementariedade, tendo em vista que nestes casos compete primariamente ao Tribunal Penal Internacional julgar tais crimes.

O Título VI disciplina as várias formas de cooperação com o Tribunal Penal Internacional, merecendo destaque o novo instituto da entrega, que não se confunde com a extradição. Estabelece, ainda, regime especial de execução de penas aplicadas pelo Tribunal Penal Internacional

Finalmente, o Título VII contempla normas processuais específicas. O procedimento adotado é o comum ordinário, não se aplicando a limitação quanto ao número de testemunhas e os prazos específicos para a prática de cada ato processual. Fixou-se, outrossim, um prazo máximo de dois anos para a conclusão da instrução, quando o acusado estiver preso cautelarmente.

A competência para julgar tais delitos será do juiz singular, no âmbito da Justiça Federal Comum, e dos Conselhos de Justiça, na Justiça Militar da União, quando se tratar de crime de guerra praticado por militar. Não há previsão de julgamento pelo Tribunal do Júri, apesar de haver crime contra a humanidade de homicídio, crime de guerra de homicídio, e outros cujo resultado é a morte, porque nestes casos o bem jurídico primariamente tutelado é a coletividade humana e não a vida humana individualmente considerada.

Em conclusão, podemos afirmar que o Anteprojeto pretende implementar de forma completa e integral o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, situando a legislação brasileira entre as pioneiras no cumprimento de tal obrigação internacional, e atendendo, simultaneamente, ao princípio constitucional da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais.

II. Valoração jurídica do déficit do poder punitivo por parte da doutrina e da jurisprudência

Nos primeiros tópicos deste trabalho já apontamos para o fato de que, em nosso sistema jurídico e jurisdicional, não se admite a persecução penal com base apenas em obrigações assumidas com a ratificação de tratados internacionais, nem igualmente com base no direito internacional consuetudinário.

No artigo 4º da CR vêm previstos os princípios pelos quais a República Federativa do Brasil se regerá nas suas relações internacionais. Vem assim redigida a disposição constitucional:

Artigo 4º: A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

- I. independência nacional;
- II. prevalência dos direitos humanos;
- III. autodeterminação dos povos;
- IV. não intervenção;
- V. igualdade entre os Estados;
- VI. defesa da paz;
- VII. solução pacífica dos conflitos;
- VIII. repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- IX. cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
- X. concessão de asilo político.

Após o enunciado de direitos fundamentais, previstos em seu artigo 5º, o § 2º deixa expresso que “os direitos e garantias expressos nesta CR não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Portanto, pelo texto constitucional o país se declara obrigado pelos princípios que o regem nas relações internacionais, e por todos os direitos e garantias trazidos pelos tratados internacionais de que seja parte. Tais disposições constitucionais, se não autorizam, por si só, a persecução de crimes internacionais não tipificados na legislação interna, submetem no entanto o legislador, os governantes e o Poder Judiciário a interpretarem as normas de acordo com tais princípios e obrigações, e a atuarem de forma a dar cumprimento a estas obrigações perante a comunidade internacional.

Logo, se não houver possibilidade de julgar o acusado de crimes internacionais, obriga-se o país a entregá-los a julgamento, nas hipóteses em que couber a extradição e, agora, ao Tribunal Penal Internacional.

Por outro lado, a previsão de jurisdição universal vem mitigada em nossa legislação, permitida apenas em casos de genocídio, como previsto no CP, e de tortura, como previsto na Lei de Tortura (Lei n. 9.455/97) já referidas e transcritas anteriormente. Para os demais casos de crimes previstos em tratados internacionais, aplicam-se as regras da segunda parte do artigo 7º do CP que exigem, para a persecução de crimes praticados fora do território nacional, a concorrência de diversas condições, quais sejam:

- § 2º. Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições:
- a) entrar o agente no território nacional;
 - b) ser o fato punível também no país em que foi praticado;
 - c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição;
 - d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena;
 - e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.

Portanto, embora se sujeitando a diversos princípios de ordem constitucional, a prática da persecução penal, baseada em legislação infraconstitucional, é a de submissão à regra da territorialidade, com exceções de extraterritorialidade condicionada e de jurisdição universal mitigada em casos de genocídio e tortura. Vê-se assim que o déficit legislativo, que se espera venha a ser suprido com a promulgação da lei de implementação do Estatuto de Roma, tem limitado o alcance e a aplicação de princípios referentes às obrigações de persecução, julgamento e punição dos crimes internacionais.

Basta lembrar que as Convenções de Genebra de 1949, até hoje não geraram lei interna. Logo, os crimes de guerra nelas previstos não podem sem punidos.

O próprio crime de tortura, previsto em Convenções ratificadas pelo Brasil em 1989 e 1991, somente veio a ser tipificado pela Lei n. 9.455, em 1997.

Em conclusão, pode se afirmar que, em decorrência do déficit legislativo: a) não há processo e julgamento de crimes de guerra; b) o crime de tortura somente passou a ser punido a partir de 1997; c) o país não pune os crimes internacionais previstos no direito internacional positivo ou consuetudinário, já que não se tem conhecimento de casos de exercício de jurisdição universal ou extraterritorial.

III. Debate jurídico-político

De uma maneira geral os crimes internacionais não são um tema de preocupação das instâncias estatais, partidos políticos, cientistas e ONGs. Embora haja uma preocupação efetiva com medidas de respeito aos direitos humanos, o assunto sempre é tratado muito mais sob a ótica interna ou nacional, do que sobre o enfoque internacional.

Especificamente com relação ao Tribunal Penal Internacional, no início, a questão foi colocada por muitos sob o enfoque do enfraquecimento da Soberania

ou de uma perda de poder do Judiciário nacional. Também houve debates sobre eventuais inconstitucionalidades de dispositivos do Estatuto de Roma, como a previsão de pena de prisão perpétua e a entrega de pessoas à Corte, em face da vedação constitucional de tal modalidade de pena (CR, artigo 5º, inciso XLVII, alínea *b*) e de extradição de nacionais (CR, artigo 5º, inciso LI). No entanto, tais obstáculos já foram superados.

É de se destacar que há muita desinformação e mesmo as instâncias estatais somente agora começam a tomar conhecimento do assunto.

De outro lado, com relação às lacunas legislativas existentes nesta área, bem com a ausência de uma efetiva atuação na persecução penal dos crimes internacionais, têm recebido pouca atenção das instâncias estatais, da sociedade civil e dos estudiosos do direito, ficando o assunto reduzido a um pequeno número de estudiosos interessados pelo tema.

H. Outros aspectos especificamente de caráter jurídico internacional

O principal aspecto da natureza jurídica, relativamente à possibilidade de persecução efetiva dos crimes internacional no Brasil é o Anteprojeto de Lei de Implementação do Estatuto de Roma, quem vem sendo exposto ao longo do relatório.

Não é o caso de, neste momento, transcrevermos todo o projeto, até mesmo pela sua extensão. Ao longo do relatório, foram sendo analisadas, topicamente, as principais mudanças que o Anteprojeto irá trazer ao sistema jurídico pátrio, visando torná-lo perfeitamente adequado e integrado às normas do Estatuto de Roma, possibilitando que o Brasil tenha, sempre, condições de exercer primariamente a sua jurisdição no caso de crimes internacionais.

Cabe destacar, ainda, que são tipificados mais de 80 (oitenta) crimes, principalmente, na parte relacionada aos crimes contra a humanidade e os crimes de guerra, com figuras até então inexistentes na legislação interna.

I. Valoração pessoal da situação normativa e fática em relação à persecução penal de crimes internacionais no país analisado

Sem dúvida é intenção do Brasil tornar uma realidade o Estatuto de Roma, tanto que o Governo Federal está elaborando um Anteprojeto de Lei de Implementação do Estatuto de Roma ao ordenamento jurídico nacional.²⁷ Tal Anteprojeto tem o firme propósito de incorporar integralmente o Estatuto de Roma ao ordenamento jurídico

²⁷ Sobre o Grupo de Trabalho que elaborou o Anteprojeto de Lei de Implementação do Estatuto de Roma, cf. nota nº 2.

nacional, permitindo que o Brasil sempre tenha condições de exercer, primariamente, a sua jurisdição penal em casos de crimes internacionais.

O país não apresenta restrições legais à punição dos crimes internacionais. O que há é uma ausência deste tipo de atividade por questões culturais, basicamente, por desconhecimento de que, em alguns casos, é possível a punição de crimes internacionais com base no princípio da jurisdição universal. Este desconhecimento, de alguma forma, conduz a um desinteresse sobre o assunto, sendo a proteção dos direitos humanos analisada muito mais sob a ótica interna do que sob um enfoque internacional. Todavia, os esforços legislativos apontam para uma clara e irreversível tendência de se buscar, cada vez mais, a punição dos crimes internacionais pelo Estado brasileiro.

Atualmente, o poder punitivo nacional sobre crimes internacionais decorre apenas de tratados internacionais. O princípio da jurisdição internacional é excepcional no ordenamento jurídico nacional, também não se admitindo a punição aos crimes internacionais com base no costume internacional. Porém, o Anteprojeto de Lei de Implementação do Estatuto de Roma, quando se transformar em lei, será um marco no sentido de que o Brasil passará a dispor de instrumentos necessários para a punição dos crimes internacionais, que estarão sujeitos, por força de norma jurídica interna, ao princípio da jurisdição universal.

Há, portanto, um déficit na legislação interna, em face dos instrumentos internacionais de punição dos crimes internacionais, principalmente, em função do desconhecimento do Poder Judiciário, quem mesmo nos poucos casos em que o ordenamento jurídico nacional já admite a jurisdição universal, tem preferido a utilização da extradição, para que a persecução penal corra a cargo de outro Estado. Além disto, falta uma regra geral de jurisdição universal para todos os crimes internacionais, que contudo poderá vir a existir caso o Anteprojeto de Lei de Implementação do Estatuto de Roma transforme-se, efetivamente, em lei.

Bibliografia

Legislação²⁸

Código Penal. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, com a redação dada pela Lei 7.209, de 11 de julho de 1984.

Código Penal Militar. Decreto-lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969.

Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Desumanos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, de 1984. Promulgada pelo Decreto 40, de 15 de fevereiro de 1991.

²⁸ Sobre a consulta da legislação brasileira, na Internet, cf. nota nº 1.

- Convenção de Viena sobre Relações Consulares. Promulgada pelo Decreto n. 61.078, de 26 de junho de 1967.
- Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, de 1961. Promulgada pelo Decreto 56.435, de 8 de junho de 1965.
- Convenção Interamericana para Prevenir e Sancionar a Tortura, de 1985. Promulgada pelo Decreto 98.286, de 9 de novembro de 1989.
- Convenção para Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio. Promulgada pelo Decreto n. 30.822, de 6 de maio de 1952.
- Convenções de Genebra (I a IV) sobre Direito Internacional Humanitário de 1949.
- Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.
- Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Promulgado pelo Decreto n. 4388, de 25 de setembro de 2002.
- Lei n. 2.889, de 1º de outubro de 1956. Define e pune o crime de genocídio.
- Lei n. 4.898, de 9 de dezembro de 1965. Define responsabilidade administrativa, civil e penal nos casos de abuso de autoridade.
- Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1.979. Concede anistia e dá outras providências.
- Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define crimes de preconceito de raça ou de cor.
- Lei n. 9.459, de 13 de maio de 1997. Altera a Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989.
- Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do artigo 5º, XLIII, da Constituição da República, e determina outras providências.
- Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997. Define o crime de tortura e dá outras providências.
- Projeto de Lei n. 6.764, de 2002. Define os crimes contra o Estado Democrático de Direito.
- Protocolos I e II das Convenções de Genebra de 1977, sobre Direito Internacional Humanitário.

Jurisprudência²⁹

- STF, Habeas Corpus n. 70.389-5-SP, Rel. Min. Sydney Sanches e Rel. para o Acórdão Min. Celso de Mello. In *Diário de Justiça da União* de 19.08.1998, p. 35.

Doutrina

- AMBOS, Kai, et al., “Jurisdicción penal para crímenes internacionales en América Latina”, *Revista Penal*, Salamanca, La Ley, n. 10, pp. 130-160, jul. 2002.
- CANEDO, Carlos, *O Crime de Genocídio como Crime Internacional*, Belo Horizonte, Del Rey, 1999.

²⁹ O inteiro teor do acórdão citado pode ser encontrado na internet, no endereço: <www.stf.gov.br/jurisprudencia/it/in_processo.asp>.

STEINER, Sylvia, “O crime de tortura e o princípio da reserva legal”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais* (São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais), n. 13, pp. 163-171, jan/mar 1996.

TORNAGHI, Helio, *Instituições de processo penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1959, v. III.