

**Universidade Federal Fluminense
Centro de Estudos Gerais
Instituto de Ciências Humanas e Filosofia
Departamento de Ciência Política
Programa de Pós-Graduação em Ciência Política**

NELSON R. GASPARIN JR

O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

SOBERANIA, ELEMENTOS INSTITUCIONAIS

E SUA IMPLEMENTAÇÃO NO BRASIL



Niterói
2009

NELSON R GASPARIN JR

O Tribunal Penal Internacional

SOBERANIA, ELEMENTOS INSTITUCIONAIS E SUA IMPLEMENTAÇÃO NO BRASIL

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade Federal Fluminense como requisito parcial para obtenção do Grau de Mestre. Área de Concentração: Estudos Estratégicos.

Orientador: Prof. Dr. THOMAS F. HEYE.

Niterói
2009

NELSON R. GASPARIN JR

O Tribunal Penal Internacional

SOBERANIA, ELEMENTOS INSTITUCIONAIS E SUA IMPLEMENTAÇÃO NO BRASIL

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade Federal Fluminense como requisito parcial para obtenção do Grau de Mestre. Área de Concentração: Estudos Estratégicos.

APROVADA EM ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Thomas F. Heye, Orientador, UFF

Prof. Dr. Vágner Camilo Alves, UFF

Prof. Dr. Adriano de Freixo, UniBennett

AGRADECIMENTOS

À Marinha do Brasil, em especial, a Escola de Guerra Naval pela oportunidade de realização deste curso.

À Universidade Federal Fluminense, em particular aos Professores do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política pelo zelo e pela dedicação com que executaram suas nobres tarefas.

Aos companheiros nesta jornada, pelas discussões, amizade e pelos agradáveis momentos vivenciados.

Aos Professores Gustavo Senéchal de Goffredo e Vágner Camilo Alves, pela participação na avaliação do projeto de pesquisa, pelas críticas, sugestões e indicações bibliográficas, bem como pela disponibilidade para participar da defesa desta dissertação.

Ao Prof. Thomas Ferdinand Heye, orientador desta pesquisa, pela excelência na condução deste trabalho monográfico de conclusão de curso.

À minha família que independente de tempestade ou bonança está sempre presente.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
AgR – Agravo Regimental
ASPA – *American Service-members Protection Act*
BIAs – *Bilateral Immunity Agreements*
CICC – *Coalition for the International Criminal Court*
CDI – Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas
CR – Carta Rogatória
CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil
DF – Distrito Federal
DJ – Diário da Justiça
DJE – Diário da Justiça Eletrônico
EC – Emenda Constitucional
EUA – Estados Unidos da América
EMA – Estado Maior da Armada
Ext. – Extradicação
HC – *Habeas Corpus*
Min. – Ministro
ONG – Organização não – governamental
ONU – Organização das Nações Unidas
PL – Projeto de Lei
RE – Recurso Extraordinário
Rel. – Relator
SE – Sergipe
STF – Supremo Tribunal Federal
SEC – Sentença Estrangeira
TPI – Tribunal Penal Internacional
TPIY – Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia
TPIR – Tribunal Penal Internacional para Ruanda

RESUMO

A criação recente de um Tribunal Penal Internacional (TPI) gerou alguns questionamentos, dentre os quais se apontou para o perigo deste ser uma interferência indevida na soberania dos Estados. Neste sentido, a instituição de uma justiça penal internacional pode ser avaliada sob três dimensões: a dimensão política, relativa à soberania dos Estados; a dimensão axiológica, concernente à emergência de valores comuns da humanidade; e a dimensão jurídica, que diz respeito à articulação entre o direito nacional, o regional e o internacional. Nossa pesquisa, cujo objetivo é analisar o impacto da criação de um TPI na soberania dos Estados, focaliza particularmente as dimensões política e jurídica. Assim, investiga-se os antecedentes históricos para o estabelecimento de um TPI de caráter permanente, e os aspectos institucionais do TPI. Estuda-se o conceito tradicional de soberania e sua evolução à luz do movimento de internacionalização dos direitos humanos. Verifica-se a internalização do Estatuto de Roma no direito pátrio. Ao final, são apresentadas conclusões proporcionadas pela análise efetuada, onde se sublinha que não há perda de soberania em virtude do reconhecimento da jurisdição penal do TPI pelo Brasil.

Palavras-chave: Tribunal Penal Internacional; Soberania; Princípio da Complementaridade.

ABSTRACT

The recent establishment of an International Criminal Court (ICC) has generated some questions. Amid them, it could be pointed out the danger of undue interference in the sovereignty of states. In this sense, the institution of an international criminal justice can be evaluated under three dimensions: the political dimension, related to the sovereignty of states; the axiological dimension, concerning the emergence of common values of humanity; and the legal dimension, which concerns the articulation among the national, regional and international law. The main goal of this research is to analyze the impact of the creation of an ICC in the sovereignty of States, and has focus in the political and legal dimensions. Thus, the historical background is investigated prior to the establishment of a permanent International Criminal Court, as well as its institutional aspects. The traditional concept of sovereignty and its evolution in the light of the movement of international human rights are studied. The internalization of the Rome Statute by Brazilian law is examined. Finally, conclusions are presented from the analysis done, which stresses that there is no loss of sovereignty due to the recognition of the criminal jurisdiction of the ICC by Brazil.

Key-words: International Criminal Court; Sovereignty; Principle of Complementarity.

SUMÁRIO

1.0 - INTRODUÇÃO	9
1.1 - O OBJETO	9
1.2 - ASPECTOS METODOLÓGICOS	10
2.0 - ASPECTOS TEÓRICOS E HISTÓRICOS	13
2.1 - REALISMO, UTOPISMO e a 'VIA MEDIA'	13
2.2 – ANTECEDENTES DO TPI PERMANENTE	24
3.0 - ASPECTOS INSTITUCIONAIS DO TPI	53
3.1 – CONSIDERAÇÕES GERAIS.....	53
3.2 – O PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE	58
3.3 – OS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO PENAL.....	62
3.4 – ASPECTOS PROCESSUAIS	65
3.5 – PENAS	66
3.6 – COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E AUXÍLIO JUDICIÁRIO.....	67
3.7 – ASSEMBLÉIA DOS ESTADOS-PARTE E FINANCIAMENTO	68
3.8 – SITUAÇÕES E CASOS.....	68
3.9 – <i>CORE CRIMES</i>	71
4.0 - CONSIDERAÇÕES SOBRE SOBERANIA.....	86
4.1 – ASPECTOS CONCEITUAIS	86
4.2 – INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	95
4.3 – SOBERANIA, A CONSTITUIÇÃO E O SUPREMO.....	102
5.0 – CONSIDERAÇÕES SOBRE A INTERNALIZAÇÃO DO ESTATUTO DE ROMA	108
5.1 – ASPECTOS GERAIS.....	108
5.2 – QUESTÕES CONTROVERSAS	117
6.0 - CONCLUSÕES.....	130
7.0 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	141
ANEXO “A”	150
ANEXO “B”	153
ANEXO “C”	155

1.0 - INTRODUÇÃO

1.1 - O OBJETO

A criação de uma corte criminal internacional em 1998 pelo Estatuto de Roma gerou alguns questionamentos, dentre os quais se apontou para o perigo deste ser uma interferência indevida na soberania dos Estados. Neste sentido, de acordo com Cassase¹ (2004, p. XV-XVI), a instituição de uma justiça penal internacional pode ser avaliada sob três dimensões: a dimensão política, relativa à soberania dos Estados; a dimensão axiológica, relativa à emergência de valores comuns da humanidade; e a dimensão jurídica, que diz respeito à articulação entre o direito nacional, o regional e o internacional.

Nosso estudo diz respeito à dimensão política, em especial às tensões entre a soberania dos Estados e o advento de uma corte penal internacional, e, à dimensão jurídica no tocante as características desta corte e a implementação do seu estatuto no Brasil. Deste modo, analisa-se o aparente conflito entre o princípio da soberania, o qual será qualificado posteriormente, e a instituição do Tribunal Penal Internacional (TPI), com base no movimento de internacionalização dos direitos humanos. Ademais, efetua-se uma investigação sobre a implementação do Estatuto de Roma no direito interno à luz dos preceitos constitucionais da República Federativa do Brasil.

O Estatuto de Roma foi adotado, em 17 de julho de 1998, pelos Estados que participaram da Conferência Diplomática dos Plenipotenciários das Nações Unidas para o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional, o qual foi aprovado com 120 votos a favor, 7 contra e 21 abstenções. Entrou em vigor em 01 de julho de 2002, isto é, no primeiro dia do mês subsequente ao transcurso de 60 dias da data em que o 60º Estado depositasse seu instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, nos termos de seu art. 126.1.

Internamente, o Congresso Nacional aprovou o texto do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, por meio do Decreto Legislativo nº 112, de 6 de junho de 2002. Em

¹ Antonio Cassase - ex-presidente do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia.

consequência o Brasil depositou sua ratificação em 20 de junho de 2002 e, então, pelo Decreto nº 4388, de 25 de setembro de 2002 foi promulgado o referido Estatuto no Brasil. Entretanto, apesar desta ratificação e da determinação de ser “executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém”, se faz necessário uma adaptação da legislação interna a este ato internacional ao qual o Brasil soberanamente decidiu se tornar parte.

Houve muita discussão a respeito da constitucionalidade de determinadas cláusulas deste tratado e que como este não comporta reservas, havia uma corrente doutrinária que defendia que o Brasil não poderia ter ratificado este estatuto e outra que argumentava o contrário, que este é perfeitamente compatível com a Carta Magna. Estas correntes e seus respectivos argumentos são apresentados posteriormente com o devido posicionamento do autor desta pesquisa.

Deste modo, vejamos os caminhos que foram percorridos ao longo desta pesquisa para testar a hipótese inframencionada desta investigação científica.

1.2 - ASPECTOS METODOLÓGICOS

De acordo com Yin (2001, p.19) há diversos métodos para a produção do conhecimento científico, as quais para ele são: experimentos, levantamentos, pesquisas históricas, análise de informações em arquivos e estudos de caso.

Cada método apresenta vantagens e desvantagens próprias, dependendo basicamente de três condições:

- o tipo de questão da pesquisa proposta;
- a extensão do controle sobre os eventos comportamentais efetivos; e
- o grau de enfoque em acontecimentos históricos em oposição a acontecimentos contemporâneos.

Deste modo, para responder e refletir sobre os questionamentos acima apontados, verificou-se que a metodologia a ser empregada, para investigar o problema de pesquisa em tela, foi uma análise comparativa complementada por um estudo de caso.

1.2.1 – HIPÓTESE, VARIÁVEL DEPENDENTE E VARIÁVEL INDEPENDENTE

De acordo com Van Evera (1997, p. 9 et seq.) hipótese é uma suposição de relacionamento entre dois fenômenos. Hipóteses, como as leis, podem ser causais (“Suponho que A causa B”) e não-causais (“Suponho que A e B são causados por C, então, A e B estão correlacionados, mas não são a causa um do outro”). Assim nesta pesquisa temos:

Hipótese: “Não há perda de soberania em função do advento de uma jurisdição penal internacional nos moldes do TPI”.

Variável Dependente: soberania.

Variável Independente: jurisdição penal internacional

1.2.2 - MÉTODO

Para verificar o impacto da variável independente sobre a variável dependente, ou seja, a emergência de uma nova jurisdição penal internacional sobre o Estado-Nação soberano, foi empreendida uma análise acerca do processo de implementação do Tribunal Penal Internacional (TPI) no Brasil.

Importante ressaltar, que nossa hipótese diz respeito a uma jurisdição penal internacional nos moldes do atual Tribunal Penal Internacional, a qual será detalhada adiante, e não com relação a uma jurisdição penal exercida por outro Estado soberano com suporte no princípio da jurisdição universal advogado por Estados como a Bélgica e Espanha, por meio do qual um Estado pode investigar e julgar pessoas acusadas de terem praticados determinados crimes, independente de estes serem ou não nacionais do Estado ou do local onde estes ilícitos foram cometidos, em clara violação à soberania dos demais Estados e à margem do atual direito internacional ².

Esta pesquisa foi efetuada em quatro segmentos, divididos em duas partes, a fim de proporcionar as melhores condições para testar a hipótese, apresentados nos capítulos dois a cinco. No capítulo dois discorre-se sobre a criação do TPI, inserido dentro do contexto das escolas das relações internacionais, seguido de breves considerações dos principais antecedentes históricos deste Tribunal, a saber: o Tribunal Internacional Militar de Nuremberg, o Tribunal Internacional Militar para o Extremo Oriente, o Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia e o Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

Em seguida, no capítulo 3, discute-se os aspectos institucionais com base no Estatuto de Roma, em particular o princípio da complementaridade e os crimes que são da competência do TPI. Esta primeira parte, composta pelos capítulos 2 e 3, trata da variável independente e fornece os elementos necessários, para a compreensão do ‘*modus operandi*’ do TPI e os elementos distintivos dos tribunais que o antecederam.

Apresenta-se, então, no capítulo 4 considerações sobre a soberania, perquirindo-se as

² A respeito deste princípio da jurisdição universal vide a obra Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais de Cassese, Antônio e Delmas-Marty, M (org.). Trad. de Silvio Noronha. Barueri: Manole, 2004.

concepções pretéritas até as hodiernas, particularmente busca-se sua conceituação atual à luz do movimento de internacionalização dos direitos humanos. A seguir, apresenta-se como o princípio da soberania aparece na Constituição da República Federativa do Brasil e aos olhos do seu intérprete-mor, o Supremo Tribunal Federal.

No capítulo 5 analisa-se a recepção deste tratado pelo direito pátrio, e o impacto no ordenamento jurídico do Brasil em particular discute-se as questões relativas à imprescritibilidade dos crimes de competência desta corte criminal, à pena de prisão perpétua e à possibilidade da entrega de nacionais ao tribunal. Esta segunda parte, composta pelos capítulos 4 e 5, propicia o fundamento necessário a respeito da variável dependente e assim por meio de análise comparativa com a jurisdição do TPI, exposta nos capítulos 2 e 3, a verificação da hipótese deste trabalho. Ao final, encerra-se com as conclusões proporcionadas pela análise do problema.

Deste modo, a compreensão dos reflexos da decisão do Brasil de se submeter ao TPI e a investigação do processo de internalização deste tratado internacional se inserem no campo da Ciência Política, particularmente na área de concentração de Estudos Estratégicos.

Assim, espera-se que ao final da análise possamos efetuar considerações seguras a respeito deste impacto. Vejamos, então, os aspectos teóricos e históricos a respeito do advento do Tribunal Penal Internacional de caráter permanente estabelecido na capital italiana em 1998.

2.0 - ASPECTOS TEÓRICOS E HISTÓRICOS

2.1 - REALISMO, UTOPISMO e a 'VIA MEDIA'

As diferentes concepções de Hobbes, Grocio e Kant para as relações internacionais nos fornecem elementos essenciais para a compreensão do conceito atual de soberania e para o advento do Tribunal Penal Internacional no cenário mundial contemporâneo. Faz-se necessário primeiramente conhecer estas matrizes teóricas para as relações entre Estados, sociedades e indivíduos. De acordo com Sabóia³ (1999, p.1), para Hobbes⁴, a força e o poder são as categorias relevantes destas relações, e somente por meio delas se consegue estabelecer entre os homens alguma ordem. Para ele, na natureza, caso não houvesse o Estado – o grande Leviatã⁵ – imperaria a guerra de todos contra todos; o mundo hobbesiano se caracteriza, portanto, por relações verticais, onde há Estados ‘superiores’ e Estados ‘subordinados’, ou seja, relações alicerçadas sobre o poder de cada um. Para Grocio⁶, a existência de interesses comuns permite o estabelecimento de relações de coordenação nas quais a reciprocidade predomina sobre a subordinação, de modo que os resultados obtidos pela cooperação são superiores aos alcançados pela força. Finalmente, a visão kantiana⁷ se caracteriza pela tradução em normas jurídicas de valores ditados pela razão, vista como fonte dos imperativos éticos de natureza universal e de respeito à dignidade da pessoa humana, pessoa esta percebida como sujeito de direito no plano internacional. Nesta ordem temos imperativos categóricos que expressam valores comuns da humanidade.

³ Gilberto Vergne Sabóia foi Embaixador e Chefe da Delegação brasileira junto à Conferência de Plenipotenciários das Nações Unidas sobre o estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional.

⁴ Thomas Hobbes de Malmesbury (1588-1679), autor da “Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado eclesiástico e civil”.

⁵ Figura bíblica usada por Hobbes para designar o Estado.

⁶ Hugo de Groot (ou Grocio ou Grotius – 1583-1645), teórico do “Direito Internacional Público”, autor do trabalho “*De jure belli ac pacis*”.

Dentro deste contexto, passaremos em revista o pensamento de alguns autores clássicos das relações internacionais sobre esta discussão.

Ao discorrer sobre os primórdios da disciplina de relações internacionais, na obra *Vinte anos de crise: 1919-1939*, Edward Carr (1981, p. 20 et seq.) destaca que a nova ordem que propunham era tão diferente de qualquer coisa a seu redor quanto ouro de chumbo, tendo sido resultado da aspiração e não da análise. De modo bem enfático, salienta que esquemas elaborados com este espírito, evidentemente, não funcionarão. Da mesma forma que ninguém jamais conseguiu fabricar ouro num laboratório, ninguém jamais conseguiu viver numa república de Platão, ou num mundo de mercado internacional livre, ou numa comunidade cooperativa de Fourier. Mas é, contudo, perfeitamente correto venerar Confúcio e Platão como fundadores da Ciência Política. Adam Smith como fundador da Economia Política, e Fourier e Owen como fundadores do Socialismo. O estágio inicial de aspiração, tendo em vista um fim, é um fundamento essencial do pensamento humano. O desejo é o pai do pensamento. A teleologia precede a análise. E que o curso dos acontecimentos após 1931 revelou claramente a inadequação da aspiração pura como base de uma ciência da política internacional, e tornou possível, pela primeira vez, desencadear um sério raciocínio crítico e analítico sobre os problemas nacionais.

Deste modo, o impacto do raciocínio sobre o desejo, que no desenvolvimento de uma ciência, segue-se ao colapso de seus primeiros projetos visionários, e marca o fim de seu período especificamente utópico, é normalmente chamado de realismo. Para o autor, então, o pensamento imaturo é predominantemente utópico e busca um objetivo. O pensamento que rejeita o objetivo como um todo é o pensamento da velhice. O pensamento maduro combina objetivo com observação e análise. Utopia e realidade são, portanto, as duas facetas da ciência política. Pensamento político e vida política sensatos serão encontrados onde ambos tiverem seu lugar.

De acordo com Sorel⁸ (apud Carr, 1981, p. 23) “é uma eterna disputa entre os que imaginam o mundo de modo a adaptá-lo à sua política, e os que elaboram sua política de modo a adaptá-la às realidades do mundo”.

Para Carr a antítese utopia – realidade pode ser identificada com a antítese livre Vontade e Determinismo. Assim o utópico, fixando seus olhos no futuro, pensa em termos de criatividade espontânea, o realista, enraizado no passado, em termos de causalidade. Toda

⁷ Immanuel Kant (1724-1804), filósofo, autor, entre outras, da obra “A paz perpétua e outros opúsculos”. Sobre a paz perpétua como fundamento do TPI vide Japiassú. O Tribunal Penal Internacional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p. 117-128.

ação humana sadia deve estabelecer um equilíbrio entre utopia e realidade, entre livre vontade e determinismo. O vício do utópico é a ingenuidade, o do realista, a esterilidade.

Identifica-a (antítese utopia – realidade) também com a antítese teoria e prática. Assim para Carr, o processo político não consiste, como crêem os realistas, puramente na sucessão de fenômenos governados pelas leis mecânicas da causalidade, tampouco consiste, como crêem os utópicos, puramente na aplicação na prática de certas verdades teóricas, evoluídas de uma consciência interior, por povos sábios e previdentes. A ciência política tem que ser baseada no reconhecimento da interdependência da teoria e prática, que só pode ser atingida por meio da combinação de utopia e realidade. Apresenta o autor que uma expressão concreta da antítese entre teoria e prática na política é a oposição entre o intelectual e o burocrata, o primeiro treinado a pensar, principalmente, por linhas apriorísticas, e o último, a pensar empiricamente. Sublinha ainda, que o radical é necessariamente utópico e o conservador um realista.

Destaca ainda, que a antítese entre utopia e realidade é baseada numa diferente concepção da relação entre política e ética. O utópico estabelece um padrão ético que proclama ser independente da política, e procura fazer com que a política adapte-se a ele. O realista não pode aceitar logicamente nenhum padrão, exceto o dos fatos. Moralidade só pode ser relativa, não universal. A ética tem que ser interpretada em termos de política (Carr, 1981, p. 24-31).

Assim discorre que a moderna escola do pensamento político utópico remonta a destruição do sistema medieval, que pressupunha uma ética universal e um sistema político universal baseado na autoridade divina. Os realistas do renascimento moveram o primeiro ataque sério e violento contra a primazia da ética, defendendo um ponto de vista político que tornava a ética um instrumento da política, a autoridade do Estado substituindo, assim, a autoridade da igreja como árbitro da moralidade. A resposta da escola utópica a esse desafio não foi fácil. Era necessário um padrão ético que fosse independente de qualquer autoridade externa, eclesiástica ou civil; e a solução foi encontrada na doutrina de uma “lei da natureza” secular, cuja fonte última era a razão individual humana. Na ciência, as leis da natureza eram deduzidas por um processo de raciocínio, partindo dos fatos observados, sobre a natureza da matéria. Por uma analogia simples, os princípios newtonianos aplicavam-se agora aos problemas éticos. A lei moral da natureza podia ser cientificamente estabelecida; e a dedução racional, a partir dos supostos fatos da natureza humana, tomou o lugar da revelação ou da

⁸ A. Sorel. *L'Europe et la Révolution Française*, p. 474.

intuição como fonte da moral. A razão poderia determinar quais seriam as leis morais universalmente válidas; e presumiu-se que, uma vez determinadas essas leis, os seres humanos se adaptariam a elas assim como a matéria adaptava-se às leis físicas da natureza. O Iluminismo era a estrada real da felicidade.

Neste sentido, sublinha o autor que partindo do postulado de que a característica fundamental da natureza humana era a busca do prazer e a rejeição da dor, Bentham deduziu deste postulado uma ética racional que definia o bem por meio da famosa fórmula ‘a maior felicidade para o maior número’, e esta representou no século XIX o conteúdo da lei natural. Neste contexto, James Mill, aluno de Bentham criou o mais completo argumento já elaborado em defesa da infalibilidade da opinião pública. Assim, a crença de que a opinião pública julgará corretamente qualquer questão racionalmente apresentada a ela, combinada com a presunção de que ela agirá de acordo com esse julgamento correto, é um fundamento essencial do credo liberal. Carr destaca que todas as teorias populares sobre política internacional entre as duas grandes guerras foram reflexos, vistos num espelho americano, do pensamento liberal do século XIX e a mais importante instituição afetada por esse intelectualismo míope da política internacional foi a Liga das Nações. Pois esta instituição desde o princípio estava ligada de perto à crença dupla de que a opinião pública estava destinada a prevalecer, e que era a voz da razão; e se indagava porque esses princípios utópicos descolados da realidade possuíam aceitação tão ampla (Carr, 1981, p. 35-37).

Assim o utópico, partindo da primazia da ética, crê que ao visar seu interesse próprio, o indivíduo visa o da continuidade, e promovendo o interesse da comunidade, promove o seu próprio. Esta é a conhecida doutrina da harmonia de interesses. Destaca, também, o autor que foi a escola do *laissez-faire* na economia política, criada por Adam Smith, a principal responsável por sua popularização.

Ressalta, ainda, Carr (1981 p. 52-53) que uma vez que o capitalismo industrial e o sistema de classe tornaram-se a estrutura reconhecida da sociedade, a doutrina da harmonia de interesses adquiriu um novo significado. Tornou-se a ideologia de um grupo dominante, interessado em manter seu predomínio por intermédio da tentativa de identificar seus interesses com os da comunidade como um todo, ou seja, um verdadeiro darwinismo na política internacional

Destaca o autor que o *laissez-faire*, tanto nas relações internacionais, quanto entre capital e trabalho, é o paraíso dos Estados economicamente mais fortes. O controle estatal, seja sob a forma de legislação protetora, ou de tarifas protecionistas, é a arma de legítima defesa invocada pelo economicamente fraco. O choque de interesses é real e inevitável; e a

natureza total do problema é distorcida por uma tentativa de esconder isto. Assim Carr rejeita, enfaticamente, como inadequada e errônea a tentativa de basear a moral internacional, numa pretensa harmonia de interesses, que identifica o interesse da totalidade da comunidade das nações, como o interesse de cada membro individual dela.

O autor localiza a transição entre a aparente harmonia, e o transparente choque de interesses em torno da virada do século, nas políticas coloniais. A Primeira Grande Guerra, que se originou desta tensão crescente, agravou-a mais com a intensificação do complexo fenômeno conhecido como nacionalismo econômico e que o caráter fundamental deste choque de interesses se tornou óbvio para todos, exceto para os utopistas que dominavam o pensamento econômico nos Estados de língua inglesa.

Disserta Carr (1981, p. 66-70) à época que o que se defrontava na política internacional era nada menos do que a completa bancarrota da concepção de moral que dominou o pensamento político e econômico durante um século e meio. Internacionalmente, não era mais possível de deduzir a virtude através do raciocínio correto, porque não se podia mais seriamente crer que todo Estado, ao buscar o maior bem para o mundo inteiro, enseja o maior bem para seus próprios cidadãos, e vice-versa. A síntese da moral e da razão, pelo menos sob a forma crua do liberalismo do século XIX, é insustentável. O real significado da crise internacional era o colapso de toda a estrutura utópica, baseado no conceito da harmonia de interesses. E para examinar as falhas na estrutura que levaram a seu colapso analisa a crítica realista aos pressupostos da corrente utopista.

Assim, o realismo entra em cena muito após a utopia, e como forma de reação a ela. Carr salienta que os três princípios essenciais, implícitos no pensamento de Maquiavel, são as pedras fundamentais da perspectiva teórica realista da política internacional. Em primeiro lugar, a história é uma seqüência de causa e efeito, cujo curso se pode analisar e entender por meio do esforço intelectual, porém não (como os utópicos acreditam) dirigida pela “imaginação”. Em segundo lugar, a teoria não cria (como presumem os utópicos) a prática, mas sim a prática é que origina a teoria. Nas palavras de Maquiavel, “bons conselhos, venham de onde vierem, nascem da sabedoria do príncipe, e não a sabedoria do príncipe dos bons conselhos”⁹. Em terceiro lugar, a política não é (como pretendem os utópicos) uma função da ética, mas sim a ética o é da política. Os homens “mantêm-se honestos pela coação”. Maquiavel reconheceu a importância da moral, mas pensava que não poderia existir nenhuma moral efetiva onde não houvesse uma autoridade efetiva. A moral é produto do poder.

⁹ Conselho aos governantes, 3ª edição/ Isócrates et al. Brasília: Senado Federal. 2003. 841p. (Coleção clássicos da política.)p. 251.

Desta forma, de acordo com a hipótese “científica” dos realistas, identifica-se, a realidade com o curso total da evolução histórica, cujas leis cabe ao cientista político investigar e revelar. Não pode haver realidade alguma fora do processo histórico. Além disso, o realismo moderno contribuiu para revelar não apenas os aspectos determinísticos do processo histórico, mas o caráter relativo e pragmático do próprio pensamento.

Ressalta, ainda, que o relevante é que os princípios utópicos supostamente universais e absolutos não eram de forma alguma princípios, e sim reflexos inconscientes da política nacional, baseados numa específica interpretação do interesse nacional numa determinada época. Em certo sentido, a paz e a cooperação entre as nações, ou classe e indivíduos, é um fim comum e universal, independentemente de interesses e políticas conflitantes. Existe um interesse comum na manutenção da ordem, seja da ordem internacional ou da “lei e ordem” dentro de uma nação. Contudo, na medida em que se tenta aplicar estes princípios pretensamente abstratos a uma situação política concreta, eles se revelam como disfarces transparentes de interesses egoísticos. A falência do utopismo reside não em seu fracasso em viver segundo seus princípios, mas no desmascaramento de sua inabilidade em criar qualquer padrão absoluto e desinteressado para a condução dos problemas internacionais. O utópico, defrontando o colapso dos padrões cujo caráter interesseiro ele não compreendeu, se refugia na condenação da realidade que se recusa a adaptar-se a àqueles padrões. Sublinha, então, que “ordem internacional” e “solidariedade internacional” serão sempre slogans dos que se sentem suficientemente fortes para se imporem sobre outros.

O autor, entretanto, reconhece as limitações do realismo. Assim, destaca que a impossibilidade de se ser um realista congruente e completo é uma das mais corretas e curiosas lições da ciência política. O realismo congruente exclui quatro fatores que parecem ser ingredientes essenciais de todo pensamento político eficaz: um objetivo finito, um apelo emocional, um direito de julgamento moral e um campo de ação (Carr, 1981, p. 88-91).

Carr conclui que qualquer pensamento político lúcido deve basear-se em elementos tanto de utopia, quanto de realidade. Onde o utopismo tornou-se uma impostura vazia e intolerável, que serve simplesmente como um disfarce para os interesses dos privilegiados, o realista desempenha um serviço indispensável ao desmascará-lo. Mas o puro realismo não pode oferecer nada além de uma luta nua pelo poder, que torna qualquer tipo de sociedade internacional impossível. Sublinha, ainda, que não há barreira maior ao pensamento político claro do que o fracasso em distinguir ideais, que são utopia, e instituições que são realidade.

Destarte, toda situação política contém elementos mutuamente incompatíveis de utopia e realidade, de moral e poder (Carr, 1981, p. 94-95).

Nesta mesma linha Hans J. Morgenthau (2003, p. 3-4) - na obra *A Política entre as Nações*, cujo subtítulo é “A luta pelo poder e pela paz” enfatiza que a história do pensamento político moderno não é mais do que a crônica do embate entre duas escolas que diferem profundamente em suas concepções da natureza do homem, da sociedade e da política. A primeira acredita que uma determinada ordem política, racional e moral, pode ser derivada de princípios abstratos universalmente válidos, pode ser alcançada nas condições atuais e pronto – a escola utópica. A segunda considera que o mundo, imperfeito como é do ponto de vista racional, resulta do encontro de forças inerentes a natureza humana. Assim sendo, essa escola vê em um sistema de controles recíprocos um princípio universal válido para todas as sociedades pluralistas. Ela recorre mais a precedentes históricos do que a princípios abstratos e tem por objetivo a realização do mal menor em vez do bem absoluto.

Esta segunda escola recebeu a denominação de realista em virtude da percepção da natureza humana tal qual ela se apresenta, e dos processos históricos, à medida que eles ocorrem. Para Morgenthau (2003, p. 4-22), esta escola está alicerçada sobre seis princípios do realismo político, a saber:

1- O realismo político acredita que a política, como, aliás, a sociedade em geral, é governada por leis objetivas que deitam suas raízes na natureza humana. Assim o realismo admite a possibilidade de se desenvolver uma teoria racional que reflita essas leis objetivas, mesmo que de maneira imperfeita e desequilibrada. Neste sentido, destaca Morgenthau que a teoria realista consiste em verificar os fatos e dar a eles um sentido, mediante o uso da razão. O realismo parte do princípio de que a natureza de uma determinada política externa só pode ser verificada por meio do exame dos atos políticos realizados e das conseqüências previsíveis desses atos.

2 – A principal sinalização que ajuda o realismo político a situar-se em meio à paisagem da política internacional é o conceito de interesse definido em termos de poder. Neste sentido, essa definição introduz uma ordem racional no campo da política, propiciando seu entendimento teórico e permite que se evitem duas falácias populares: a preocupação com os motivos e a preocupação com preferências ideológicas.

O autor usa de uma interessante metáfora para diferenciar a política internacional, tal como ela realmente é, da teoria racional dela derivada, distinção esta que seria a mesma existente entre uma fotografia e um retrato pintado. A foto revela tudo o que pode ser percebido pelo olho nu. Já o retrato pintado pode não mostrar tudo o que for visível pelo olho, mas indica, ou pelo menos procura indicar, algo que não pode ser observado pelo olho, a saber, a essência humana da pessoa retratada.

3 – O realismo parte do princípio de que seu conceito-chave de interesse definido como poder constitui uma categoria objetiva que é universalmente válida, mas não outorga a esse conceito um significado fixo e permanente. Assim, o tipo de interesse que determina a ação política de um determinado período da história depende do contexto político e cultural dentro do qual é estabelecida a política externa.

4 – O realismo político é consciente da significação moral da ação política, como é igualmente da tensão inevitável existente entre o mandamento moral e as exigências de uma ação política de êxito. E sustenta que os princípios morais universais não podem ser aplicados às ações dos Estados em sua formulação universal abstrata, mas que devem ser filtrados por meio das circunstâncias concretas de tempo e lugar.

5 - O realismo político recusa-se a identificar as aspirações morais de uma determinada nação com as leis morais que governam o universo. Assim como sabe distinguir entre verdade e a opinião, é capaz também de separar a verdade da idolatria.

6 – É real a profunda diferença existente entre o realismo político e outras escolas de pensamento. Por mais que a teoria do realismo político tenha sido mal compreendida e mal interpretada, não há como negar sua singular atitude intelectual e moral com respeito a matérias ligadas à política.

Destarte, para o autor a teoria realista busca entender a política internacional como ela é, e como deve ser, e não como as pessoas gostariam que ela fosse.

Deste modo, Morgenthau (2003, p. 45) destaca que os conceitos de guerra e paz são idéias básicas para a discussão da política mundial nas décadas finais do vigésimo século, quando uma acumulação sem precedentes de poder destruidor confere ao problema da paz uma urgência sem precedentes. Em um mundo em que a força motriz resulta da aspiração das nações soberanas por poder, a paz só poderá ser mantida por meio de dois instrumentos. O primeiro é o mecanismo auto-regulador das forças sociais, que se manifesta sob a forma de luta pela busca do poder na cena internacional, isso é, o equilíbrio de poder. O outro consiste nas limitações normativas dessa luta, sob a roupagem do direito internacional, da moralidade internacional e da opinião pública mundial.

Sobre este tema, destacamos, também, o pensamento de Hedley Bull autor da obra *A Sociedade Anárquica*. De acordo com Gonçalves¹⁰, que apresenta e prefacia esta obra, Bull explicitamente incorporou a tese de Wight segundo a qual a análise das relações internacionais é tributária das idéias centrais arroladas no debate entre as três maiores

¹⁰ Gonçalves, W. in Bull, Hedley, *A Sociedade Anárquica*, Brasília: UnB, 2002, prefácio, pág XII et seq.

correntes do pensamento ocidental: o Realismo de Maquiavel; o Racionalismo de Hugo Grocio; e o Revolucionismo de Kant.

Para Bull, o ponto central do pensamento de Grocio é constituído de sua concepção de lei natural, sendo que por lei natural deve entender-se um corpo de regras morais reconhecidas por todos os seres humanos. Estas regras se baseiam na idéia que todos os homens têm o direito básico de preservar sua vida e que, por outro lado, nenhum homem tem o direito de atentar infundadamente contra a vida de outro. Assim, opondo-se a aristotélicos e cétricos do seu tempo, século XVII, Hugo Grocio buscava mostrar alguma objetividade nos valores morais. Assim, procurava destacar que a despeito da multiplicidade de culturas existentes, era possível encontrar um denominador moral comum nos seres racionais. Bull aprofundou as teses de Wight, o qual lecionava que a tese de Grocio difere claramente da de Hobbes, para quem os Estados estão irremediavelmente entregues ao estado de natureza e despidos de qualquer restrição moral, e também se distancia da tese de Kant, para quem os Estados são praticamente um acidente na vida dos homens, sendo mais relevante o progresso moral do ser humano. Deste modo, Bull considera perfeitamente possível estabelecer critérios de objetividade que fundam a ordem internacional.¹¹

Hedley Bull, portanto, desenvolve seu pensamento segundo a abordagem racionalista, ou neo-grociana, como ele preferia chamá-la, pois para ele a concepção de uma sociedade internacional permite articular a idéia de ordem internacional de forma objetiva, despida, portanto, de valores.

Refletindo sobre se existe uma ordem na política mundial, Bull (2002, p.51) sublinha que os elementos de uma sociedade sempre estiveram presentes, e continuam presentes no sistema internacional moderno, embora, por vezes, esteja presente só um desses elementos e de sobrevivência precária. Com efeito, o sistema internacional moderno reflete todos os três elementos singularizados respectivamente pela tradição hobbesiana, kantiana e grociana: a guerra e a disputa pelo poder entre Estados, o conflito e a solidariedade transnacionais, superando fronteiras dos Estados, e a cooperação e o intercâmbio regulado entre os Estados. Em diferentes fases históricas do sistema de Estados, em distintos teatros geográficos do seu funcionamento, e nas políticas adotadas por diferentes Estados e estadistas um desses três elementos pode predominar sobre os outros.

Ao abordar a temática da manutenção da ordem na política mundial, Bull (2002, p.64 et seq) ressalta que dentro da sociedade internacional, como acontece em outras sociedades, a

¹¹ Gonçalves, W. in Bull, Hedley, A Sociedade Anárquica., Brasília: UnB, 2002, prefácio, p. XIII-XIV.

ordem é consequência não só de fatos contingentes, mas de um sentido de interesse comum nos objetivos elementares da vida social de regras que prescrevem a conduta tendo por objetivo esse fim, e de instituições que ajudam a tornar efetivas essas regras.

A percepção dos interesses comuns pelos Estados pode derivar do temor da violência irrestrita, da instabilidade dos acordos ou da insegurança da sua independência ou soberania, entre outros.

Para Bull (2002, p. 104-107) as potências ocidentais preocupam-se primordialmente com a ordem, ao justificar suas políticas, enquanto os Estados do Terceiro Mundo estão empenhados na realização da justiça na comunidade internacional, mesmo a custo da desordem, e para corroborar essa tese vale-se da carta das Nações Unidas onde ordem e segurança têm prioridade sobre os direitos humanos. Salienta que a sociedade internacional não é receptiva às noções da justiça cosmopolita, e só é capaz de aceitar as idéias da justiça humana de forma seletiva, mas não reage da mesma maneira em relação à justiça entre os Estados. Pois enquanto as idéias de justiça mundial podem parecer inteiramente contrárias a estrutura da sociedade internacional, e as noções de justiça humana parecem implicar uma possível ameaça aos seus fundamentos, os objetivos da justiça entre Estados podem reforçar o pacto da coexistência entre os Estados, acrescentando um imperativo moral aos imperativos do auto-interesse esclarecido e da lei sobre os quais ela repousa.

Para Raymond Aron (1979, p.50) na obra Paz e Guerra entre as Nações, cujo subtítulo é Pensamento Político, as duas concepções teóricas realismo/maquiavelismo e idealismo/kantismo não são contraditórias, mas complementares: o esquematismo racional e as proposições sociológicas constituem estágios sucessivos na elaboração conceitual do universo social. Reconhece Aron que a compreensão do domínio da ação não é suficiente para resolver o problema das antinomias da ação, e só a história, poderá resolver, algum dia, o eterno debate entre maquiavelismo e kantismo.

Neste sentido, fazendo uma analogia com a ciência econômica Aron (1979, p.66) argumenta que à medida que a escassez diminui, a economia se atenua. Do mesmo modo, a guerra deixaria de ser um instrumento da política no dia em que levasse ao suicídio comum dos beligerantes. A capacidade de produção industrial dá plausibilidade à utopia da abundância e a capacidade destrutiva das armas modernas reanima os sonhos de paz eterna. E em tom reflexivo, ressalta que de acordo com a profunda e talvez visão profética de Kant, a humanidade deve percorrer o caminho sangrento das guerras para chegar um dia à paz. É através da história que se realiza a repressão da violência natural, a educação do homem à luz da razão.

Destarte, nos alinhamos a Carr o qual conclui que qualquer pensamento político lúcido deve basear-se em elementos tanto de utopia, quanto de realidade, a Aron para quem as duas concepções teóricas realismo/maquiavelismo e idealismo/kantismo não são contraditórias, mas complementares e particularmente a Bull e sua concepção ‘neo-grociana’. É por meio deste referencial que percebemos, como Sabóia (2007, p.1), que o processo de universalização do Direito, em particular do Direito Internacional, como instrumento de organização e regência do mundo, pode ser visto como a busca progressiva de ampliação da esfera normativa decorrente da coordenação de interesses (visão grociana) e da esfera de valores (visão kantiana), com a conseqüente redução do âmbito de prevalência da violência e do poder (visão hobbesiana).

Esta ampliação da preeminência do Direito deve ser percebida dentro de um contexto no qual este é interpretado como fenômeno cultural, relacionado às tradições jurídicas européias. Estas, por sua vez, são oriundas da convergência das estruturas jurídicas romano-germânica e da *common-law*, a qual propiciou o surgimento do Direito Internacional. Com o desenvolvimento e complexificação das relações sociais e também por meio de um grande esforço de direito comparado o direito internacional incorporou valores do direito africano, do direito islâmico, entre outros. Isto permitiu a emergência dos direitos humanos como valor mais elevado e supranacional.

Na história do direito internacional humanitário questões morais, associadas à busca de limites para os sofrimentos causados pela guerra, coexistem com a necessidade de admitir a existência de conflitos armados. Percebe-se, assim, a dialética como traço marcante da trajetória deste direito. O ordenamento jurídico que foi construído no século XX impôs restrições ao uso ilimitado de força, mesmo em situações extremas como a dos conflitos armados. Tal fato exemplifica a possibilidade de se alcançar um denominador comum entre normas de interesse recíproco e normas de inspiração ética.

Deste modo, a criação do Tribunal Penal Internacional é mais um exemplo deste processo e sua compreensão pode ser efetuada tanto sob o ponto de vista kantiano, onde reinam valores morais, como na ordem grociana, onde imperam interesses. Veremos, adiante, que o Tribunal Penal Internacional criado foi o tribunal possível e não o idealizado, corroborando a tese de uma *via media*, que deve ser costurada, entre utopia e realidade.

A fim de melhor compreender este processo vejamos alguns antecedentes que propiciaram as condições para a criação de um Tribunal Penal Internacional, independente e permanente.

2.2 – ANTECEDENTES DO TPI PERMANENTE

De acordo com Cassese e Delmas-Marty ((2004, p. XIII), em se tratando de ‘crimes internacionais’, compreendidos em seu duplo sentido formal e material, ou seja, de uma infração tipificada por norma internacional e de que esta infração seja atentatória à ordem pública da sociedade internacional, a elaboração de um direito internacional penal comum tem sido lenta, complexa e evolutiva. Passemos em revista, então, algumas passagens deste processo.

O Tribunal Penal Internacional, de caráter permanente, instituído em 1988, na Conferência de Plenipotenciários das Nações Unidas, vêm em atendimento a uma demanda antiga da comunidade internacional. De acordo com Hall (1998, p 63) a primeira proposta consistente de criação de um Tribunal Penal Internacional permanente ocorreu a mais de um século, de autoria de Gustave Moynier, um dos fundadores e durante muito tempo Presidente do Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Até esta proposição de Moynier, quase todos os processos por infrações ao Direito internacional humanitário ficavam a cargo de tribunais “*ad hoc*” constituídos por um dos beligerantes, normalmente o vencedor, e não de tribunais ordinários ou de um Tribunal Penal Internacional, configurava, assim, uma justiça ‘*à la carte*’.

O autor supramencionado identifica como primeiro tribunal penal internacional “*ad hoc*”, formado por juízes da Alsácia, Áustria, Alemanha e Suíça, que se estabeleceu no ano de 1474 para julgar Peter de Hagenbach por homicídio, violação, perjúrio e outros delitos contrários às leis de Deus e dos homens durante a ocupação da cidade de Breisach. Até a proposta de um Tribunal Penal Internacional permanente passaram-se mais de quatro séculos.

Influenciado pelos acontecimentos da guerra franco-prussiana (1870-1871), na qual a imprensa e a opinião pública de ambos os lados divulgavam atrocidades, Moynier se viu obrigado a reconhecer que “...uma sanção puramente moral” é “insuficiente para conter as paixões desencadeadas”. Além disso, as acusações mútuas impediram a punição dos responsáveis, bem como não houve avanços em termos legais. Assim na reunião de 03 de janeiro de 1872, do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, Moynier apresentou uma proposta de criação, mediante tratado, de um tribunal internacional, a qual foi publicada em 28 de janeiro de 1872 no “*Bulletin international des Sociétés de secours aux militaires blessés*”, predecessor da Revista Internacional da Cruz Vermelha, intitulada “*Note sur la création d'une institution judiciaire internationale propre à prévenir et à réprimer les infractions à la Convention de Genève*” (Hall, 63-82).

Esta proposição era singela e contava com apenas 10 artigos, pois tratava apenas dos termos gerais do convênio entre os Estados signatários, a lei penal internacional deveria ser objeto de um novo tratado que complementaria este convênio. Destacamos o contido no artigo 6: “*El tribunal notificará sus sentencias a los Gobiernos concernidos y éstos habrán de infligir a los culpables los castigos que contra ellos se hayan dictado*”¹², o que nos revela a necessária cooperação dos “Estados-Parte” para o cumprimento das sanções.

Entretanto as aspirações de Moynier não foram concretizadas. A possibilidade de criação de um Tribunal Penal Internacional advém das atrocidades cometidas durante a Primeira Grande Guerra.

Japiassú (2004, p. 39), baseado nos escritos de Bassiouni, sublinha que mesmo durante o confronto já havia manifestações com relação aos excessos que estavam sendo cometidos. Exemplifica o massacre dos armênios praticado pelo Império Turco-Otomano, em 1915. Os governos da Grã-Bretanha, da França e da Rússia, em declaração de 28 de maio do mesmo ano, afirmaram que os responsáveis pelas 600.000 mortes de armênios na Turquia deveriam ser pessoalmente julgados e punidos. Percebe-se, assim, a preocupação com a responsabilidade penal individual no plano internacional. Classificaram tal conduta de crime contra a civilização e a humanidade e apontaram que todos os membros do governo turco haveriam de responder juntamente com todos os seus agentes envolvidos.

Com o fim do conflito armado, os Estados aliados criaram, em 1919, a “*Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on the Enforcement of Penalties for Violations of the Laws and Costume of War*”¹³. Essa Comissão investigou os acontecimentos relativos ao massacre armênio e ao final dos trabalhos recomendou o julgamento dos militares turcos responsáveis, nesta recomendação aparece a noção de crime contra a humanidade. Os EUA alegaram que tais crimes não estavam tipificados na ordem internacional, o que impedia que este julgamento fosse levado a cabo. Houve por meio do Tratado Ed Sèvres, de 10 de agosto de 1920, a previsão da criação de um tribunal para o julgamento dos crimes perpetrados no território do Império Turco, porém este tratado nunca foi ratificado e tendo sido substituído pelo Tratado de Lausanne, de 24 de julho de 1924, por meio do qual os envolvidos foram anistiados.

De acordo com Perrone-Moisés (2003, p. 575) outra tentativa de estabelecimento de

¹² “O Tribunal notificará suas sentenças aos Estados em questão e estes devem impor aos culpados as penas que contra eles foram sancionadas” (tradução nossa). Disponível em < <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDLKQ>>, acesso em 08 de dezembro de 2008.

¹³ Sobre o assunto vide <<http://www.firstworldwar.com/source/commissionwarguilt.htm>>, acesso em 08 de dezembro de 2008.

uma jurisdição penal internacional ocorreu com o Tratado de Versalhes, que pôs fim à Primeira Guerra Mundial (1914-1918). Baseado neste tratado surge à primeira possibilidade de submeter um criminoso de guerra a um tribunal internacional. Decidiu-se que o ex-Kaiser da Alemanha, Guilherme II, deveria ser julgado por um tribunal internacional, em razão de ofensa suprema à moral internacional e à autoridade sagrada dos tratados. Guilherme II nunca foi julgado, pois a Holanda, Estado onde se havia refugiado ao final da guerra, negou-se a extraditá-lo, tendo em vista considerar tratar-se de crime político não passível, portanto, de extradição. Deste modo, este intento também não foi levado adiante.

Em 1924 foi fundada a Associação Internacional de Direito Penal (AIDP), na Universidade de Paris, e um dos seus objetivos era o estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional permanente. Fruto das discussões proporcionadas pelo I Congresso Internacional de Direito Penal, organizado pelo AIDP em 1926, sediado em Bruxelas, foi proposto à Liga das Nações a criação de uma Câmara Criminal na Corte Permanente de Justiça Internacional¹⁴. Buscava-se estabelecer os princípios de direito penal no plano internacional e a responsabilidade penal internacional do indivíduo.

Assim as discussões acerca de um projeto de Convenção para a criação de um tribunal penal internacional permanente, a fim de julgar os autores dos crimes de terrorismo, travou-se no período entre guerras, sob os auspícios da Liga das Nações. Por não ter obtido as ratificações necessárias, tal Convenção não se materializou, frustrando sua instituição. O mundo, então, já assistia os primeiros sinais de um novo confronto mundial, e assim, qualquer tentativa neste sentido não encontrava as condições necessárias para prosperar.

Temos, então, fruto dos acontecimentos na Segunda Guerra Mundial (1939-1945): o estabelecimento dos Tribunais de Nuremberg e Tóquio, que representam um ponto relevante da história do Direito Internacional Penal, os quais serão abordados oportunamente.

A narrativa de Hungria (1958, p 367-368), impacta-nos de forma contundente, ao revelar com absoluta exatidão a crua realidade das condutas perpetradas pelos nazistas durante a Segunda Guerra Mundial:

“O incêndio dos ghettos fez-se rotina na execução do plano de eliminação total dos judeus. Dizia Himmler que matar judeus “não passava de um expurgo de piolhos”, e “destruir piolhos não é uma questão de ideologia, mas uma questão de limpeza”. O general Stroop, com volúpia sádica, assim se referia ao incêndio do ghetto de Varsóvia: “Deliberei destruir todo o quarteirão de residência dos judeus, fazendo deitar fogo a cada grupo de

14 De acordo com M.C.Bassiouni., *L'Association Internationale de Droit Pénal (A.I.D.P.): plus d'un siècle de dévouement à la Justice pénales et aux droits de l'homme*. Disponível em <<http://www.penal.org/pdf/Histoire%20AIDP1999.pdf>> acesso em 08 de dezembro de 2008.

casas... Muitas vezes, os judeus permaneciam nos edifícios em chamas até que não mais pudessem suportar o calor, e, receosos de ser queimados vivos, preferiam saltar dos andares superiores, depois de arremessarem ao leito da rua colchões e móveis... Com os membros quebrados, tentavam ainda rastejar até as casas indenes do fogo...” e Hitler pôde dizer: “Na Polônia, o estado de coisas ficou inteiramente definido. Como os judeus não quisessem trabalhar [sic], foram mortos. Se não podiam trabalhar, deviam morrer. Tinham de ser tratados como bacilos de tuberculose. Nada tem isto de cruel, pois é sabido que mesmo as criaturas mansas da natureza, como as corças e os gamos, devem ser mortos para que não possam fazer estragos”.(...)

Não havia limites à perversidade, nem trégua à fúria assassina. Só a matança dos judeus atingiu um algarismo de estarrecer: dos 9.600.000 de israelitas existentes na Europa dominada pelos nazis, 60% pereceram. Os cadáveres eram enterrados aos montões, ou levados para os fornos de cremação, ou devido à carência de matérias-primas, eram aproveitados (inérita profanação!) para o fabrico de sabão.

A barbárie cometida exigia uma ação de toda a comunidade internacional, pois todo o gênero humano havia sido afrontado pelos crimes cometidos pelo III Reich. Neste sentido Lafer (1988, p.169) aponta que “a concepção de um Direito Internacional Penal que Nuremberg ensejou parte do pressuposto de que existem certas exigências fundamentais da vida na sociedade internacional e que a violação das regras relativas a tais exigências constituem crimes internacionais”.

Ressalta-se que ainda em 1944, Kelsen, exilado nos Estados Unidos da América, publicava a obra intitulada Paz através do Direito¹⁵, na qual ele se debateu com a tradicional concepção de que só Estados podiam ser sujeitos de direitos e obrigações no Direito internacional e a necessidade e utilidade de se instituir uma responsabilidade penal individual internacional, como forma de atingir uma paz duradoura quando terminasse a conflagração mundial então em curso. Enfrentou possíveis objeções doutrinárias, e elaborou um engenhoso sistema de responsabilização criminal individual e fundamentou a criação de uma jurisdição penal internacional para tais crimes, a ser instituída mediante tratado, respeitando, portanto, a soberania dos Estados, anexando, uma proposta de estatuto de um TPI (Lorandi, p. 19).

Em 1948, após os julgamentos de Nuremberg e Tóquio, que condenaram determinados atos da Segunda Guerra Mundial, a Assembléia-Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), reconhecendo que em todos os períodos da história o genocídio infligiu grandes perdas à humanidade, e convencida de que a cooperação internacional era indispensável para livrar a humanidade dessa prática odiosa, aprovou a Convenção para a Prevenção e a

¹⁵ Hans Kelsen. *Peace through Law*. Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 1944.

Repressão do Crime de Genocídio¹⁶, a qual dispõe em seu artigo primeiro que “As Partes Contratantes confirmam que o genocídio, seja cometido em tempo de paz ou em tempo de guerra, é um crime do direito dos povos, que desde já se comprometem a prevenir e a punir” e em seu artigo sexto que “as pessoas acusadas de genocídio (...) serão julgadas pelos tribunais competentes do Estado em cujo território o ato foi cometido ou pelo tribunal criminal internacional que tiver competência quanto às Partes Contratantes que tenham reconhecido a sua jurisdição” (grifos nossos). No mesmo ato, a Comissão de Direito Internacional deveria estudar a conveniência e a possibilidade de estabelecer um órgão jurisdicional internacional para processar e julgar as pessoas acusadas de genocídio. Neste mesmo ano foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos 1948¹⁷.

Entretanto, com a bipolarização do Mundo que se seguiu a guerra, em que pese a elaboração de projetos neste sentido no âmbito das Nações Unidas, a concepção de uma Corte Penal Internacional permaneceu latente e não se concretizou.

Deste modo, como fatores que possibilitaram o surgimento de um Tribunal Penal Internacional permanente, podemos apontar: o fim da guerra fria que tornou menos rígidos os alinhamentos ideológicos que bloqueavam a evolução do Direito Internacional nessa direção; a globalização e a interdependência acentuaram a necessidade de maior coordenação e normatividade em diversas áreas das relações internacionais, inclusive como proteção contra a atuação ilícita de atores não estatais; e as tendências de fragmentação liberadas pelo fim da guerra fria levaram à irrupção de conflitos étnicos, raciais e religiosos, na maioria dos casos não-internacionais, em que ocorreram catástrofes humanitárias e massacres, ameaçando a ordem jurídica e pondo em risco a paz e a segurança internacionais, reforçando assim a opinião dos Estados, de outros atores internacionais e da opinião pública em favor do reforço da capacidade de sanção do Direito Internacional nestes casos (Sabóia, p. 4). Esta preferência pelo direito internacional tem como fundamento a busca pela imparcialidade e pela efetividade das decisões, uma vez que consiste em um tribunal que não está contaminado pela elite política ou jurídica local, a qual muitas vezes permanece no poder. Nesse sentido, o TPI tem uma capacidade maior em chegar mais próximo de uma justiça neutra.

Este sentimento de repúdio a arbitrariedade, e o desejo de julgamento de perpetradores

¹⁶ Promulgada pelo Decreto nº 30.822, de 6 de maio de 1952, a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, concluída em Paris, a 11 de dezembro de 1948, por ocasião da III Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas. Disponível em <http://www2.mre.gov.br/dai/genocidio.htm> acesso em 08 de dezembro de 2008.

¹⁷ Disponível em < http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm> acesso em 08 de dezembro de 2008.

de crimes como o genocídio, a limpeza étnica, a escravidão sexual, o desaparecimento forçado, a tortura, entre outros, se generalizou na comunidade internacional, embora essa ‘jurisdição penal internacional’ já tivesse sido manifestado, enfaticamente, por Grocio, no séc. XVII, o qual defendia que crimes internacionais poderiam ser punidos por qualquer Estado, pois afetam o conjunto da sociedade internacional, para ele¹⁸:

Desde o estabelecimento das sociedades civis, reconheceu-se como verdade que cada Estado ou aqueles que o governam seriam os únicos capazes de punir, ou de não punir, conforme julgassem adequado, as faltas de seus súditos que interessassem particularmente ao grupo a que pertencem. Mas não lhes restou um direito tão absoluto e tão particular a respeito dos crimes que afetem de alguma maneira a sociedade humana. Pois, para estes, os outros Estados, ou seus chefes, têm o direito de diligenciar pela punição, da mesma maneira que as leis de um Estado em particular dão a cada um o direito de ação em juízo para a apuração de determinados crimes (Grocio. livro II, cap. XXI, § III).

E complementa o jurista:

Os Reis, e em geral todos os soberanos, têm direito de punir não somente as injúrias cometidas contra eles ou seus súditos, mas também aquelas que não lhes dizem respeito em particular, quando contêm uma intensa violação do direito da natureza ou o das gentes, contra quem quer que seja. Eu digo contra quem quer que seja, e não somente contra seus súditos (Grocio¹⁹ livro II, cap. XX, § XL.1).

Esta indignação da comunidade internacional propiciou as condições necessárias para que num curto período fossem criados os tribunais criminais *ad hoc*²⁰ para a antiga Iugoslávia (1993)²¹ e para Ruanda (1994)²². Estes tribunais foram instituídos por decisão do Conselho de Segurança das Nações Unidas, órgão político da ONU. Na mesma ocasião, criaram-se

¹⁸ Hugo Grocio, *Del derecho de la guerra y de la paz*. Trad. Jaime Torrubiano Ripoll. Madrid, Ed. Reus (S.A.), 1925. Tomo III, p. 159 (livro II, cap. XXI, § III) e p.125 (livro II, cap. XX, § XL.1); H. Grotius, *De jure belli ac pacis* (Le droit de la guerre et de la paix), trad. por J. Barbeyrac, Amsterdã, 1729, vol. II, p. 132 (livro II, cap. XXI, § III) e p. 103 (livro II, cap. XX, § XL.1) apud CASSASSE, Antônio e Delmas-Marty, M (org.). Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais. Tradução de Silvio Noronha. Barueri, SP: Manole, 2004, p.11-12.

¹⁹ Idem, p. 103 (livro II, cap. XX, § XL).

²⁰ Tribunais *ad hoc* – tribunais para isso.

²¹ Criado pelo Conselho de Segurança, resolução 827 de 25 de maio de 1993. A este tribunal cabe julgar graves violações das Convenções de Genebra de 1949 e do direito e costume humanitários, genocídios e crimes contra a humanidade, cometidos por pessoas no território da antiga Iugoslávia desde 1991. Sua sede está em Haia, nos Países Baixos (<http://www.un.org/icty>).

Disponível em: http://www.riobrancofac.edu.br/biblioteca/links_inter1.frb acesso em 25 de julho de 2007.

também tribunais mistos (nacionais e internacionais) para o restabelecimento da paz e da justiça em nações arrasadas por guerra civil ou lutas de libertação colonial, a exemplo de Timor Leste, Serra Leoa e Camboja. Estes dois modelos de justiça (implementados pelos tribunais internacionais e pelos tribunais mistos), no entanto, pecavam por seu caráter *ex post facto* e por vícios de origem, já que se tratavam de tribunais instituídos heteronomamente, ainda que pela comunidade internacional, muitas vezes sem o consentimento dos jurisdicionados nem de seus governos e sem levar em consideração o direito interno de cada Estado: de novo, parecia uma justiça dos vencedores para os vencidos (Lorandi, p. 20). Este modelo de jurisdição internacional colidia frontalmente com a soberania estatal e tornava alvo de duras críticas.

Forja-se, assim, no seio da comunidade internacional a preferência pelo estabelecimento, por tratado internacional, de um tribunal penal internacional, universal, imparcial e independente. Este percebido como ferramenta fundamental para romper o ciclo de impunidades dos perpetradores de tais crimes e exercer efeito preventivo e dissuasor benéfico para a paz e segurança internacionais.

Neste cenário, o Estatuto de Roma foi aprovado pela Conferência de Plenipotenciários das Nações Unidas que se realizou naquela cidade em julho de 1998 instituindo o Tribunal Penal Internacional. Um tribunal internacional com jurisdição criminal permanente, dotado de personalidade jurídica internacional, vinculado (mas não subordinado) ao sistema das Nações Unidas com sede em Haia, na Holanda.

Apresentam-se, a seguir, particularidades destes tribunais precursores que influenciaram sobremaneira esta recente instituição criada pelo Estatuto de Roma.

2.1.1 - TRIBUNAL INTERNACIONAL MILITAR DE NUREMBERG

A fim de proporcionar a compreensão necessária da dimensão destas condutas perpetradas, complementa-se com os impressionantes fatos constantes no acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 07/06/1967, que decidiu a extradição de Franz Paul Stangl²³ :

“Pesa sobre o extraditando a acusação de co-autoria em crimes de homicídio,

²² Criado pelo Conselho de Segurança, resolução 955 de 8 de novembro de 1994. Foi estabelecido para julgar pessoas responsáveis por genocídios e outras violações graves do Direito Humanitário cometidas no território de Ruanda, ou cometidas por cidadãos de Ruanda no território de Estados vizinhos, entre 1º de janeiro e 31 de dezembro de 1994. Sua sede é localizada em Arusha, na Tanzânia (<http://www.ictj.org/>). Disponível em: http://www.riobrancofac.edu.br/biblioteca/links_inter1.frb acesso em 25 de julho de 2007.

²³ STF. Jurisprudência . HC-44074 e Extradicações 272, 273 e 274 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=extradição%20272%20hc%2044074&base=baseAcordaos>>. Acesso em 11 de fevereiro de 2008.

praticados em massa, no instituto de extermínio de Hartheim, instalado na Áustria, em 1940; no campo de extermínio de Sobibór, construído em 1942, no mês de abril, ou a partir de março, na Comarca de Chalm, Distrito de Lublin, na Polônia, e destruído em novembro de 1943, após o levante de prisioneiros de meados de outubro; finalmente, no campo de Treblinka, construído a partir de 01.06.1942, nas proximidades da aldeia desse nome, cerca de 80 km a nordeste de Varsóvia, o qual foi parcialmente incendiado na revolta de prisioneiros de 02.08.1943 e totalmente destruído em novembro daquele ano.

Hartheim aparentava ser um instituto médico. Na verdade, esse estabelecimento integrava a rede da chamada Ação Brak, iniciada na Alemanha em 1939 e estendida à Áustria, em 1940. Destinava-se à eliminação coletiva e metódica de insanos mentais e de pessoas idosas, fracas ou incapacitadas para o trabalho, bem como das consideradas politicamente perigosas. Variava o método de extermínio: veneno, injeções mortíferas, inalação de gás. Em Hartheim foi instalada uma câmara de gás, e se incinerava os corpos em forno apropriado, depois de despojados dos dentes de ouro.

Não foi possível determinar exatamente o grande número de vítimas de Hartheim. Às vezes se amontoavam cadáveres, a ponto de 'apodrecerem' os de baixo antes da incineração. Um índice comparativo é tomado do sanatório congênere de Niedernhart, onde, segundo o depoimento do Dr. Bohm, o número de internados baixara de 1.128, em 1938, para 303; em 1943, no final da Ação Brak. O próprio extraditando, em depoimento prestado na Áustria, em 1947, calculava terem sido mortas de 12 a 13.000 pessoas, desde o início do ano de 1943.

Precauções especiais foram tomadas para ocultar essas atividades, inclusive o juramento de sigilo e a falsificação do lugar e da *causa mortis* na comunicação do óbito aos parentes.

Sobibór era, caracteristicamente, um campo de extermínio. Em suas cinco câmaras de gás, disfarçadas em casas de banho, calcula-se que foram mortos, desde abril de 1942 até outubro de 1943, cerca de 250.000 judeus, provenientes vários de países da Europa. Em média eram eliminados 200 por semana. [...]"

Antes mesmo do início dos conflitos, em 1935, após uma jornada do Partido Nazista em Nuremberg, são proclamadas as leis raciais, em 1938 ocorre a “Noite dos Cristais”, em que 7500 vitrines de lojas judaicas foram destruídas, todas as sinagogas foram queimadas e 20 mil judeus levados para campos de concentração (Arendt, 2000, p.51). Era o prenúncio do que estava por vir.

Relembramos que a “questão judaica” contemplou três soluções: inicialmente, a expulsão; depois a deportação e por fim, o extermínio. Arendt (2000, p.129) nos apresenta o estado de espírito geral que reinava no Estado Nazista, sobre o tema discorre:

O objetivo da conferência²⁴ era coordenar todos os esforços na implementação da Solução Final. A discussão voltou-se primeiro para as

²⁴ Arendt se refere a Conferência de Subsecretários de Estado, em janeiro de 1942, que ficou conhecida como a Conferência de Wannsee (subúrbio de Berlim).

“complicadas questões legais”, como o tratamento a ser dispensado aos que eram meio ou um quarto judeus: eles deveriam ser mortos ou apenas esterilizados? Em seguida, houve uma discussão franca sobre os “vários tipos de solução possível para o problema”, o que queria dizer vários métodos de matar, e aqui também houve mais que “alegre concordância entre os participantes”; a Solução Final foi recebida com 'extraordinário entusiasmo' por todos os presentes (...) Houve certas dificuldades, porém. O subsecretário Josef Bühler, segundo no comando do Governo-Geral da Polônia, ficou chocado com a perspectiva de judeus serem evacuados do Ocidente para o Leste, porque isso significava mais judeus na Polônia, e ele propôs que essas evacuações fossem proteladas e que “a Solução Final começasse no Governo-Geral, onde não havia problemas de transporte”.

Neste contexto, durante o conflito já se formava a convicção da necessidade de punir estas condutas algozes, enquanto o discurso de Roosevelt²⁵ ainda revelava uma reprovação moral, a necessidade de levar a cabo o julgamento dos responsáveis pela selvageria da campanha nazista já havia sido manifestada por Churchill, e para ele se constituía em um verdadeiro objetivo de guerra:

O governo de Sua Majestade associa-se plenamente aos sentidos de horror e de reprovação expressos pelo Presidente dos Estados Unidos concernentes aos massacres nazistas na França. Estas execuções de inocentes, feitas a sangue-frio, recairão sobre os selvagens que lhas ordenam e seus executores. Os massacres na França são um exemplo do que os nazistas fazem em muitos dos outros países sob seu jugo. [...] A punição para esses crimes deve estar permanentemente entre os objetivos maiores da guerra (Gonçalves, 2001, p.63-64).

Por outro lado, Gonçalves (2001) aponta que os aliados não foram os únicos a proclamar a intenção de impor punições aos vencidos no conflito. O Eixo, por diversas vezes, deixou clara sua intenção de também julgar os Aliados acusados de crimes de guerra na Europa. Deste modo, sabia-se que a sina dos vencidos em um conflito daquelas proporções seria a submissão ao arbítrio da outra parte.

Assim, em 1º de novembro de 1943, é assinada pelo presidente Franklin D. Roosevelt dos Estados Unidos da América, pelo Primeiro-Ministro Winston Churchill do Reino Unido e pelo *Premier* Josef Stalin da União Soviética, a Declaração de Moscou, este documento serve de embasamento inicial para a formação de um tribunal militar internacional. Nele, repudia-se às condutas nazistas, ademais da firme convicção de se punir os criminosos de guerra²⁶.

²⁵ Vide J. Britto Gonçalves. Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no Direito Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.62-63.

²⁶ “O Reino Unido, os Estados Unidos e a União Soviética receberam, procedentes de diversas fontes, provas concretas sobre atos de violência e crueldade, assassinatos em massa e execuções de pessoas inocentes, cometidos pelas tropas hitlerianas nos países que dominaram e de onde estão sendo expulsas atualmente. (...) As

De acordo com Japiassú (2004, p.48) os aliados também criaram a ‘*United Nations War Crimes Commission*’ (UNWCC), em 20 de outubro de 1943, para investigar os possíveis crimes que estivessem sendo cometidos durante a guerra. Seu objetivo, portanto, era similar à da ‘*Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on the Enforcement of Penalties for Violations of the Laws and Costume of War*’. As dificuldades, então, enfrentadas diziam respeito ao fato de que muitas das condutas as quais se pretendia castigar não estavam, a época, definidas e sancionadas pelo direito internacional.

Com o final da guerra na Europa, e com a derrota dos alemães, e após muita discussão sobre a necessidade, a extensão e a forma do julgamento, em 8 de agosto de 1945, durante a Conferência de Londres, as quatro potências vencedoras: os Estados Unidos da América, o Reino Unido, a União Soviética e a França celebraram acordo destinado a estabelecer as regras, de acordo com seu artigo primeiro “*for the just and prompt trial and punishment of the major war criminals of the European Axis*”²⁷ (para o julgamento justo e rápido e a punição dos grandes criminosos de guerra das potências européias do Eixo). Este acordo denominado Carta do Tribunal Internacional Militar de Nuremberg, acabou por ser conhecido como o “Tribunal de Nuremberg”.

De acordo com o estabelecido no artigo 4º do Estatuto, coube aos signatários da Carta de Londres, a indicação dos membros do Tribunal²⁸. Embora possuísse a denominação de militar, todos os juízes eram civis, a exceção do juiz soviético (e seu suplente). Esta denominação decorreu da necessidade dos Estados Unidos da América contornar o obstáculo do princípio da anterioridade da lei previsto no Direito Penal Comum interno e inexistente no

três potências acima mencionadas, falando em nome dos trinta e dois membros das Nações Unidas, anunciam solenemente a seguinte declaração: Quando se conceder ao Governo Alemão um armistício, todos os oficiais, soldados alemães e membros do Partido Nacional-Socialista, responsáveis por tais atos, pelos assassinatos e execuções em massa, todos os que participaram voluntariamente destes crimes serão entregues aos Governos dos países onde os cometeram, para que possam ser levados aos tribunais e punidos de acordo com as leis vigentes em cada um deles. (...) Aconselhamos a todos que ainda não mancharam suas mãos com sangue, que se abstenham de aderir às fileiras dos culpados, pois as três potências aliadas os perseguirão até os recantos mais afastados do mundo e os entregarão aos seus juízes para que a justiça siga o seu curso. A declaração não se refere aos casos dos principais criminosos de guerra, cujos crimes não estão delimitados por fronteiras geográficas e que serão castigados de acordo com uma resolução comum dos Governos aliados”. Moscou, 1º de novembro de 1943. Roosevelt – Churchill – Stalin (Ferro, 2002, p.121-122).

²⁷ Carta do Tribunal Internacional Militar de Nuremberg. Disponível em <<http://www.derechos.org/nizkor/nuremberg/ncharter.html>> acesso em 10 de dezembro de 2008.

²⁸ O Reino Unido indicou Geoffrey Lawrence - que também foi escolhido como presidente do Tribunal - e Jorman Birkett (suplente). Já os Estados Unidos da América indicaram Francis Biddle e John Parker, como seu suplente. Por sua vez, a França indicou o professor Henri Donnedieu de Vabres, Professor da Universidade de Paris e um dos maiores especialistas europeus em direito penal internacional, e Robert Falco como seu suplente. Por fim, a União Soviética teve o Major-General Iona T. Nikitchenko e, também, o Tenente-Coronel Alexander F. Volchkov. A respeito da composição e estrutura do Tribunal de Nuremberg, vide Smith, Bradley F. O

Direito Penal Militar (Japiassú, 2004, p. 50).

Ao tratar da jurisdição atinente ao Tribunal o Estatuto, de acordo com o artigo 6º, dissertou este era competente para julgar e punir pessoas que, agindo no interesse dos Estados do Eixo Europeu tenham cometido, quer a título individual ou como membros de organizações, os seguintes ilícitos: crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade.

A tipificação do crime contra a paz foi assim estatuída: nomeadamente, planejamento, preparação, desencadeamento ou prosseguimento de uma guerra de agressão, ou uma guerra em violação aos tratados internacionais, acordos ou garantias, ou participação num plano concertado ou numa conspiração para levar a cabo qualquer um dos atos anteriores.

Com relação aos crimes de guerra: nomeadamente, violações das leis ou costumes de guerra. Tais violações incluem, mas não se limitam a, assassínio, maus-tratos ou deportação para trabalhos forçados ou qualquer outro fim, da população civil do ou no território ocupado, assassínio ou maus-tratos dos prisioneiros de guerra ou de pessoas no mar, execução de reféns, pilhagem dos bens públicos ou privados, destruição sem motivo de cidades, vilas ou aldeias ou devastação não justificada por necessidade militar.

E no que dizia respeito aos crimes contra a humanidade: nomeadamente, assassínio, extermínio, redução à escravidão, deportação ou outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil, antes ou durante a guerra; ou perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos, quando estes atos ou perseguições são cometidos ou estão relacionados com qualquer crime abrangido pela competência deste Tribunal, quer violem ou não o direito interno do Estado onde foram perpetrados.

Imputou-se, portanto, aos acusados a prática dos seguintes ilícitos penais: crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade. Houve também discussões a respeito do ilícito conspiração ou plano comum (*the common plan or conspiracy*), bem como o Ministério Público também atribuiu aos acusados a prática de “guerra total. Os crimes contra a humanidade foram os de mais difícil definição, pois não faziam parte de nenhum tratado anterior, diferentemente dos crimes de guerra, previstos na Convenção de Haia, de 1907, e dos crimes contra a paz, pois os aliados consideraram que às agressões do Eixo violaram a Protocolo de Genebra de 1924, a Resolução da Assembléia Geral da Sociedade das

Nações, de 1927, entre outros Atos Internacionais. Ao positivar o crime contra a humanidade o Estatuto do Tribunal Militar:

[...] procurava identificar algo novo, que não tinha precedente específico no passado. Representa o primeiro esforço de tipificar como ilícito penal o ineditismo da dominação totalitária que pelas suas características próprias – o assassinato, o extermínio, a redução à escravidão, a deportação, os atos desumanos cometidos contra a população civil e as perseguições por razões políticas, sociais e religiosas - tinha uma especificidade que transcendia os crimes contra a paz e os crimes de guerra. (LAFER, 1988, p. 168).

Sublinhava ainda o Estatuto, que dirigentes, organizadores, instigadores ou cúmplices que participaram na elaboração ou execução de um plano concertado ou conspiração para cometer crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade seriam responsáveis por todos os atos realizados por quaisquer pessoas na execução desse plano.

Apresenta-se no anexo “B”, a listagem dos julgamentos ocorridos e respectivas sentenças. Salienta-se, também, que algumas corporações foram julgadas, a saber: o Gabinete do Reich, o OKW, SA (força de assalto do partido), a diretoria do Partido Nacional-Socialista, SS (unidade especial de proteção dos líderes do partido), SD (serviço de segurança), Gestapo (polícia secreta do Estado). Foram absolvidas as três primeiras e as demais banidas.

Houve, portanto, condenações à morte, à prisão e absolvição, bem como uma duração razoável dos processos, de 20 de novembro de 1945 a 01 de outubro de 1946, de modo, a não permitir que eles se arrastassem e com isso gerassem discussões e polêmicas ainda maiores.

Assim, ressalta-se que a grande contribuição do Tribunal de Nuremberg para o Direito Penal Internacional consistiu na implementação da idéia de responsabilidade penal dos indivíduos (por crimes contra a paz, a humanidade e de guerra) no plano internacional, pois perante esta corte internacional os particulares compareceram como responsáveis por suas condutas e responderam por seus crimes, sem o manto protetor do Estado. Em Nuremberg, portanto, se inaugura um novo sistema de justiça penal no qual se imputa aos agentes do próprio Estado a responsabilidade subjetiva pela prática de crimes contra a humanidade. Ainda que agindo sob o permissivo de suas leis nacionais, estes agentes poderiam ser responsabilizados pela prática de crimes cujos resultados transcenderiam as fronteiras deste mesmo Estado, vindo a atingir bens jurídicos cuja proteção interessa a toda comunidade internacional, como a preservação da vida humana. Assim, crimes como o genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade, não podem mais ser vistos como atos que afrontam

somente os ordenamentos jurídicos internos, de exclusivo interesse de cada Estado.

Sendo assim, a instituição do tribunal de Nuremberg, em que pese o fato de ter sido uma justiça dos vencedores vem em atendimento a esta demanda, como resposta a este imenso sofrimento coletivo. Nelson Hungria faz duras críticas a este tribunal²⁹, às quais embora reconheçamos o mérito da visão garantista³⁰, não nos alinhamos, pelo contrário percebemos que estas não se sustentam quando confrontadas com a dimensão axiológica da vida humana. Nuremberg não criou uma atmosfera de injustiça, com julgamentos em massa, pelo contrário, concentrou-se em indivíduos específicos, aos quais foram imputadas condutas que não encontravam amparo na sociedade internacional.

Deste modo, mesmo reconhecendo que determinadas críticas são consistentes, nos associamos a Cassese (2005, p. 8), cujo teor da reflexão nos revela a relevância deste acontecimento histórico:

Enquanto a experiência pós-Primeira Guerra Mundial demonstrou até que ponto a justiça internacional pode ser comprometida em nome da conveniência política, o pós-Segunda Guerra revelou, contrariamente, o quanto essa justiça 'internacional' pode ser eficaz quando há vontade

²⁹ Críticas foram efetuadas a este tribunal 'militar' pelo caráter seletivo, por constituírem uma justiça *a posteriori*, uma "justiça *a la carte*". Nelson Hungria fez duras censuras em virtude do desrespeito ao princípio do '*nullum crimen nulla poena sine lege*' (princípio da legalidade). Afirmou: "O Tribunal de Nuremberg há de ficar como uma nódoa da civilização contemporânea: fez tabula rasa do *nullum crimen nulla poena sine lege* (com um improvisado Plano de julgamento, de efeito retroativo, incriminou fatos pretéritos e impôs aos seus autores o "enforcamento" e penas puramente arbitrárias); desatendeu ao princípio da 'territorialidade da lei penal'; estabeleceu a responsabilidade penal de indivíduos participantes de tais ou quais associações, ainda que alheios aos fatos e a eles imputados, funcionou em nome dos vencedores, que haviam praticado os mesmíssimos fatos atribuídos aos réus; suas sentenças eram inapeláveis, ainda quando decretavam a pena de morte. Como diz Monteiro Schmidt (ver. De Ciências Penales, tomo IX, nº 4, 1946): '*jamás había podido concebir la mente de jurista alguno un derumbe más grande de los principios de derecho, que se ilumino, al postre, com una escerna grosteca: al ahorcamiento del cadáver del Mariscal Goering, después que este se había suicidado!*' ". Hungria, Néelson. Comentários ao Código Penal. Tomo I. Volume I, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p.31.

³⁰ Esta visão entende que estes princípios servem como uma garantia ao indivíduo contra a arbitrariedade, particularmente contra a onipotência do Estado. Greco aponta a origem do princípio da legalidade na Carta Magna Inglesa de 1215, editada ao tempo do Rei João Sem Terra. Seu artigo 39 determinava que "Nenhum homem livre será detido, nem preso, nem despojado de sua propriedade, de sua liberdade ou livres usos, nem posto fora da lei, nem exilado, nem perturbado de maneira alguma; e não poderemos, nem faremos pôr a mão sobre ele, a não ser em virtude de um juízo legal de seus pares e segundo as leis do País" (2003, p.106). Neste sentido, a corrente majoritária dos doutrinadores afirma ser a lei única fonte do Direito Penal quando se quer proibir ou impor condutas sob ameaça de sanção. Tudo que não fosse expressamente proibido seria lícito em Direito Penal. O escopo do princípio em questão é manter a segurança jurídica, a qual assiste o cidadão, não sendo este punido quando não houver uma previsão legal criando o tipo incriminador, ou seja, definindo as condutas proibidas. Como fundamentação a tal posicionamento, há ainda a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que enunciava os Direitos naturais, inalienáveis e sagrados do Homem, por meio do artigo 7º expunha que: "Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela Lei e de acordo com as formas por esta prescrita. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser castigados; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da Lei deve obedecer imediatamente, senão torna-se culpado de resistência.". Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, disponível em < http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/legislacao-pfdc/docs_declaracoes/declar_dir_homem_cidadao.pdf > acesso em 10 de dezembro de 2008.

política de apoiá-la e recursos necessários para fazê-la funcionar. Todavia, esses conjuntos de experiências foram parciais, como todos sabem, pois impuseram a ‘justiça’ dos vitoriosos sobre os derrotados. Entretanto, foram importantes em muitos aspectos. Em primeiro lugar, quebraram o ‘monopólio’ sobre a jurisdição penal com relação a crimes internacionais como os crimes de guerra, até então mantido firmemente pelos Estados. Pela primeira vez, estabeleceram-se instituições não-nacionais ou de caráter próximo ao nacional com o propósito de processar e punir crimes de dimensão e alcance internacionais. Em segundo lugar, novos crimes foram concebidos no Acordo de Londres e tornados puníveis: os crimes contra a humanidade e os crimes contra a paz. Quer isso tenha sido feito ou não por meio da quebra do princípio do *nullum crimen sine proevia lege*, é fato que, desde 1945, esses crimes passaram gradualmente a figurar em proibições legais internacionais consuetudinárias. Em terceiro lugar, os estatutos e os precedentes do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, do Tribunal Militar Internacional do Extremo Oriente e dos diversos tribunais instalados pelos aliados em seqüência à Segunda Guerra Mundial desenvolveram novas normas e padrões de responsabilidade que promoveram o Estado de Direito Internacional, por exemplo, a eliminação da defesa por ‘obediência a ordens superiores’ e a possibilidade de responsabilização de Chefes de Estado. Por fim, uma importância simbólica surgiu a partir dessas experiências em termos de seu legado moral, que foi tomado como base por aqueles que buscavam um sistema de justiça penal internacional permanente, eficaz e não comprometido politicamente.

Percebe-se, assim, que a Segunda Guerra Mundial (1939-1945) provocou profundas transformações no campo do direito internacional. E o movimento de internacionalização dos direitos humanos ganha forças como resposta às condutas cometidas pelo nazismo, o qual gerou um “*pathos*” - um sofrimento na sociedade ocidental nunca antes vivenciado. De acordo com Paraguassú (2002, p.234):

O Tribunal Penal Militar Internacional em Nuremberg - Alemanha é um exemplo de precedente, trazendo como direito novo o crime contra a humanidade. Foi um jurista inglês presente ao tribunal, L. Lauterpacht, que lembrou tal expressão, dada à necessidade de responsabilizar criminalmente ações que não foram anteriormente vistas, num mundo onde ainda não havia certos tipos de exposição à dor e sofrimento como campos de concentração, de extermínio, câmaras de gás, ou contemporâneas armas atômicas e cuja expansão foi dimensionada pela guerra total e movimentos de massa – ineditismo do regime totalitário, enquanto forma de governo, que identifica o ser humano como supérfluo, segundo Hannah Arendt.

Em paralelo ao Tribunal Penal Militar Internacional em Nuremberg, tendo este como modelo, foi também criado o Tribunal de Tóquio, em 19 de janeiro de 1946, para julgar e punir os criminosos de guerra do Extremo Oriente, o qual será abordado a seguir.

2.1.2 - TRIBUNAL INTERNACIONAL MILITAR PARA O EXTREMO ORIENTE

A fundamentação para a criação do Tribunal Internacional Militar para o Extremo Oriente, conhecido como Tribunal de Tóquio, ocorreu na Conferência do Cairo, em 01 de dezembro de 1943, onde representantes chineses, britânicos e americanos firmaram declaração por meio da qual manifestaram o objetivo de por fim a agressão japonesa e que intencionavam a criação de um Tribunal Internacional Militar para o Extremo Oriente, a fim de levar a julgamento os criminosos de guerra japoneses. Tais objetivos foram reiterados, em julho de 1945, na Conferência de Potsdam.

Entretanto, somente em 19 de janeiro de 1946, com base no ato de rendição japonês assinado em 02 de setembro de 1945, o Comandante Supremo das Forças Aliadas, general Douglas MacArthur, instituiu o Tribunal Internacional Militar para o Extremo Oriente, com sede em Tóquio, tendo a mesma base do Tribunal de Nuremberg, o Acordo de Londres. O tribunal iniciou suas atividades em 29 de abril de 1946, e as encerrou em 12 de novembro de 1948.

Este Tribunal foi composto por onze juízes, um indicado por cada um dos seguintes Estados: Austrália, Canadá, China, Estados Unidos da América, Filipinas, França, Reino Unido, Países Baixos, Nova Zelândia, URSS e Índia (embora não tenha participado da II Grande Guerra, indicou um juiz na condição de Estado neutro).

Tal qual seu precursor, em Nuremberg, este tribunal também tinha competência para julgar crimes contra a paz, crimes contra as convenções de guerra e crimes contra a humanidade, entretanto, não incluiu o tipo penal conspiração (*conspiracy*), a fim de evitar as discussões sobre esta tipificação ocorridas em Nuremberg³¹. No que se refere ao crime de agressão (crime contra a paz), enquanto Nuremberg tratava apenas de guerra declarada, o Estatuto do Tribunal de Tóquio previa como crime “o planejamento, a preparação, o início e a implementação de uma guerra declarada ou não”. Outro aspecto distinto é que a Carta de Tóquio não excluía a possibilidade de recurso contra as decisões da Corte, como ocorreu em Nuremberg.

Em termos processuais o Tribunal de Tóquio manteve as mesmas diretrizes do Tribunal de Nuremberg. Quanto à competência “*ratione personae*”, o Tribunal de Tóquio julgou apenas pessoas físicas, ao contrário do que ocorrera em Nuremberg, que também julgou pessoas jurídicas, tendo sido 28 as pessoas acusadas (9 civis e 19 militares de carreira),

sem nenhuma absolvição, embora as decisões não tenham sido unânimes³².

Houve críticas semelhantes às de Nuremberg, além da violação do princípio da legalidade e seus corolários, aponta-se também a não existência de tipificação prévia do crime de “guerra de agressão”, bem como o fato de não haver qualquer cominação de pena para tal ato em nenhum documento internacional. Ao se pronunciar a este respeito Jahrreis assim discorre:

Admitindo-se (...) que a evolução consagre a substituição do direito internacional público “antigo” por um direito internacional público “novo”, o qual condene a guerra de agressão como um crime, admitindo-se que esta mudança opere um progresso, ainda importa, para que a acusação seja fundada, que os acusados disso tivessem consciência. A prova desse fato incumbe ao Ministério Público, e a dúvida deverá ser favorável aos réus. Se estamos em uma fase transitória, na qual o abandono dos velhos princípios é incerto, onde o novo conhecimento é [ainda] vacilante, a regra da interpretação restritiva da lei penal determina a absolvição. (...) Portanto, as declarações sensacionais que difamam a guerra de agressão, a guerra como “instrumento de política nacional”, como um crime, não determinam qualquer sanção, são *leges imperfectae*. De qualquer maneira, uma condenação deve atentar ao princípio *nulla poena sine lege*. Ademais, é certo que o termo “crime”, tal como figura nestas resoluções, deva ser tomado em seu sentido técnico (...) O epíteto “criminal” aplicado à guerra de agressão pode ser entendido como uma ofensa moral, tanto quanto como uma incriminação. Na dúvida, a aceção favorável à defesa deve prevalecer (apud Gonçalves, 2001, p.160-161).

Além destas foram efetuadas outras apreciações desfavoráveis ao Tribunal, especialmente devido à forte influência americana, que financiava o tribunal. Nem todos os acusados foram condenados, muitos criminosos de guerra foram libertados pelos americanos sem sequer serem processados, inclusive o maior de todos os criminosos o próprio imperador não foi julgado; o Comandante Supremo podia escolher os juízes e reduzir as penas, enfim, houve desvios do objetivo principal que era a punição efetiva dos que haviam atentado contra a paz e a segurança internacionais.

Em que pese às críticas formuladas aos julgamentos de Nuremberg e Tóquio, há que se registrar que estes representaram um avanço significativo na esfera do direito penal

³¹ Sobre o tema vide Japiassú (2004, p 53-61).

³² Cumpre ressaltar que o juiz indiano Rahabinod M. Pal acolheu a tese da incompetência do tribunal, à luz dos termos da capitulação e da inexistência de relação jurídica entre juízes estrangeiros e os acusados japoneses, estes sujeitos, apenas, à competência nacional. Entendeu, também, que a acusação importava em violação do princípio da legalidade e, por isso, absolveu todos os acusados. (Japiassú, 2004, p. 66).

internacional, bem como na construção da percepção da responsabilidade penal internacional do indivíduo.

Outros julgamentos foram realizados relativos às condutas praticadas durante a guerra de 1939 a 1945, os aliados criaram tribunais internacionais para crimes de guerra em suas respectivas zonas de ocupação na Alemanha, onde foram julgadas cerca de 20.000 pessoas (960 condenadas à morte), no Oriente as comissões militares americanas continuaram a julgar criminosos. Além deste, destaca-se, entre outros, o julgamento pela França do general Pétain e de Pierre Laval, e posteriormente os de Klaus Barbie, de Paul Touvier e Maurice Papon; pela Alemanha o de Franz Stangl, condenado à morte, tendo sido extraditado pelo Brasil³³; e por Israel o julgamento de Adolf Eichmann.

Com relação aos julgamentos pós-guerra, Arendt (2000, p.318) ao refletir sobre o tema, nos descortina “a banalidade do mal” e assim se expressa:

Resta, porém, um problema fundamental, que está implicitamente presente em todos esses julgamentos pós-guerra e que tem de ser mencionado aqui porque toca uma das grandes questões morais de todos os tempos, especificamente a natureza e a função do juízo humano. O que exigimos nesses julgamentos, em que os réus cometeram crimes ‘legais’ é que os seres humanos sejam capazes de diferenciar o certo do errado mesmo quando tudo que têm para guiá-las seja apenas seu próprio juízo, que, além do mais, pode estar inteiramente em conflito com o que eles devem considerar como opinião unânime de todos a sua volta. E essa questão é ainda mais séria quando sabemos que os poucos que foram suficientemente ‘arrogantes’ para confiar em seu próprio julgamento não eram, de maneira nenhuma, os mesmos que continuavam a se nortear pelos valores, ou que se nortearam por crenças religiosas.

Vejamos, então, os tribunais *ad hoc* mais recentes, os quais influenciaram sobremaneira a arquitetura institucional do TPI permanente.

2.1.3 - TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A ANTIGA IUGOSLÁVIA

É complexa a tarefa de se estabelecer uma cronologia para a guerra na Ex-República Socialista Federal da Iugoslávia, uma vez que os conflitos na região remontam à Antiguidade. Na região vivem, entre outros, sérvios, croatas, eslovenos, macedônios, albaneses, muçulmanos, montenegrinos, turcos e húngaros. Iremos nos ater aos acontecimentos recentes que ocasionaram o estabelecimento de um tribunal penal internacional.

³³ Vide nota 23 supra.

Com a expulsão das tropas germânicas pelo exército comandado pelo General Josip Tito por ocasião da II Grande Guerra, a região foi mantida unida por meio do firme controle exercido pelo governo de Tito. Entretanto, os laços que uniam estes diferentes povos, com diferentes religiões e culturas mostraram-se frágeis após o final da guerra fria, e com a sua morte, os antigos ódios raciais explodiram com forte virulência.

De fato, em março de 1991 explodiu o conflito armado na então República Federativa Socialista da Iugoslávia. Frente à escalada da violência armada neste Estado, o Conselho de Segurança da ONU adotou a Resolução nº 713 (1991) na qual reconhecia, com apoio no artigo 39 da Carta das Nações Unidas, que a situação constituía uma ameaça à paz e segurança internacionais e impôs sanções econômicas. Apesar destas sanções, a situação continuou se agravando. As unidades do Exército Federal que se retiravam da Croácia nos termos do acordo assinado foram transferidas para a Bósnia, onde se encontravam refugiados milhares de sérvios que tinham fugido dos combates.

Com a aprovação da Resolução nº 724 (1991) do Conselho de Segurança da ONU antecipou-se a possibilidade de se estabelecer uma operação para a manutenção da paz a fim de propiciar as condições para que todas as partes envolvidas nos conflitos resolvessem suas diferenças de forma pacífica, com o apoio da Comunidade Européia. Entretanto, logo o cenário retorna à obscuridade. Em 7 de janeiro de 1992 a Força Aérea Federal Iugoslava abateu um helicóptero da Missão de Verificação da Comunidade Européia e esta, por proposta da Alemanha, reconheceu em 15 de janeiro do mesmo ano a independência das Repúblicas da Eslovênia e da Croácia com relação a Federação da Iugoslávia. O mesmo foi feito com relação à Bósnia Herzegovina, que já obtivera sua independência declarada pelo seu Parlamento, mas a Comunidade Européia decidiu reconhecer temporariamente sua independência até que esta fosse submetida a um *referendum*. Os croatas e mulçumanos da região votaram pela independência, porém, foram boicotados pelos sérvios que não queriam viver num Estado independente bósnio, relegados à condição de minoria e proclamaram a autonomia da região sérvia da Bósnia Herzegovina.

A desintegração da República Federativa Socialista da Iugoslávia mostrava-se irreversível. Assim, por meio da Resolução nº. 743, de 21 de fevereiro de 1992, o Conselho de Segurança da ONU decidiu estabelecer, sob sua autoridade, uma Força de Proteção das Nações Unidas (UNPROFOR), por solicitação do governo da própria República Federativa Socialista da Iugoslávia, feita em 26.11.1991, portanto, antes dos fatos de janeiro de 1992. O Exército Federal, como resposta, ocupou um terço da Croácia e mais da metade da Bósnia

Herzegovina.

Diante destes fatos, o Conselho de Segurança da ONU adotou a Resolução nº 752 (1992), que expressava profunda preocupação com a grave situação reinante naquela região, especialmente com a Bósnia Herzegovina, acentuando a necessidade de urgente intervenção humanitária frente ao crescente número de refugiados, de cooperação no sentido de buscar-se uma solução pacífica para o conflito e que fosse respeitado o princípio de que não houvesse qualquer modificação de fronteiras com o uso da força. Nota-se que o conflito deixava de ser tratado como interno para se tornar internacional. Por consequência, a ONU exigiu que cessassem imediatamente todas as formas de ingerência externa na Bósnia Herzegovina, que o Exército Popular Iugoslavo, parte do Exército Croata e as forças irregulares se retirassem baixando as armas. Lamentavelmente tal Resolução não foi cumprida, assim como outras que a ela se seguiram.

Em 18 de novembro os representantes dos 51 Estados membros da Conferência sobre Segurança e Cooperação na Europa - reunidos em Praga, recomendaram a criação de um tribunal internacional para julgar os crimes que foram cometidos durante este conflito armado. Em 18 de dezembro, o Conselho de Segurança manifestou a sua consternação frutes dos relatos de detenções e estupros sistemáticos, maciços e organizados de mulheres, especialmente mulheres muçulmanas na Bósnia-Herzegovina, exigindo que fossem imediatamente fechados todos os campos de detenção, em particular, os acampamentos de mulheres e condenando tais atos de brutalidade indescritível. Em face destes graves acontecimentos, na Resolução 808 (1993), em conformidade com o regulamentado nos termos do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, decidiu-se criar o Tribunal Penal Internacional para o julgamento das pessoas responsáveis por violações graves do direito internacional humanitário cometidas no território da antiga Iugoslávia desde 1991. A Resolução 827 (1993) aprovou o Estatuto do Tribunal³⁴, o qual sofreu alterações como a efetuada pela Resolução 1166, a fim de aumentar o número de juízes do mesmo³⁵.

No que diz respeito à competência “*ratione materiae*”³⁶: este tribunal tem jurisdição para processar e julgar as violações graves às Convenções de Genebra de 1949 (artigos 2º), violações das leis ou dos costumes de guerra (artigo 3º), genocídio (artigo 4º) e crimes contra

³⁴ O Estatuto atualizado está disponível no sítio oficial do tribunal <http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept08_en.pdf> acesso em 15 de dezembro de 2008.

³⁵ Esta síntese tem como subsídios a exposição de Gutiérrez Posse, em artigo publicado na revista da Cruz Vermelha Internacional (2001), disponível em < <http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDPFN>> acesso em 15 de dezembro de 2008.

³⁶ Expressão em latim que se traduz por: em razão da matéria.

a humanidade (artigo 5º) decorrentes da prática que ficou conhecida como depuração étnica³⁷, cometidos no território da Iugoslávia desde o ano de 1991 (artigo 1º).

A este respeito, no Relatório Final, a Comissão criada pela Resolução 780, de 1992, considerou que a depuração étnica é uma política deliberada a fim de deslocar por meio da violência e do terror a população civil de outro grupo étnico ou religioso, aplicada em nome de um nacionalismo mal entendido, de ofensas históricas e de um forte desejo de vingança. Araujo Jr (1999, p. 62) nos revela algumas destas barbáries cometidas:

“A vinculação entre as agressões sexuais e a política de depuração étnica ficou provada de forma manifesta, pois muitos estupros foram praticados em praça pública com o fim de desmoralização pessoal e coletiva e, além disso, os estupradores afirmavam que queriam tornar suas vítimas grávidas e, quando efetivamente engravidavam eram mantidas presas pelo tempo necessário a tornar inviável o aborto. Ficou conhecido o caso de uma mulher mulçumana, que permaneceu detida por um vizinho, durante seis meses, em uma casa perto de sua aldeia. Foi estuprada reiteradas vezes por três ou quatro soldados, que lhe diziam que daria à luz um menino chetnik, que ao crescer mataria muitos mulçumanos. (...)

Grande parte dos atentados aconteceram no contexto dos esforços efetuados para o deslocamento de grupos étnicos de um lugar para outro. Além disso, alguns dos supostos autores alegaram haver recebido ordens para a prática de estupros”.

No que tange a competência “*ratione personae*”³⁸ somente pessoas naturais são passíveis de julgamento, não possui jurisdição, portanto, sobre pessoas jurídicas, tal qual houve em Nuremberg.

Há previsão expressa a respeito da responsabilidade penal individual pelas condutas praticadas, conforme positivado no artigo 7º.

A competência “*ratione temporis*”³⁹ e a competência “*ratione loci*”⁴⁰ estão positivadas no artigo 8º e aquela para crimes cometidos a partir do início de 1991 e esta

³⁷ De acordo com o documento S/25374 ONU, de 9 de fevereiro de 1993, a expressão "depuração étnica" é relativamente nova. No contexto dos conflitos na ex-República Socialista Federal da Iugoslávia a prática da "depuração étnica" consistiu em dar homogeneidade étnica a uma zona, utilizando a força ou a intimidação para expulsar pessoas ou determinados grupos em dita zona. A 'depuração étnica' violou o Direito Internacional. A julgar pelo grande número de informações nas quais foram descritas as políticas e práticas aplicadas na Ex-Iugoslávia, a "depuração étnica" se produz mediante homicídios, torturas, encarceramentos arbitrários, execuções sem processo judicial, estupros e outras agressões sexuais, confinamento de populações civis em guetos, expulsões pela força, deslocamento e deportação de populações civis, ataques deliberados ou ameaças de ataques contra civis e zonas civis, destruição injustificada de bens. Estas práticas constituem crimes de "lesa-humanidade" e podem ser assemelhadas a crimes de guerra concretos. Esses atos também poderão ser considerados como compreendidos na Convenção de Prevenção e Repressão do Delito de Genocídio.

³⁸ Expressão em latim que se traduz por: em razão da pessoa.

³⁹ Expressão em latim que se traduz por: em razão do tempo.

⁴⁰ Expressão em latim que se traduz por: em razão do lugar.

abrange o território da antiga República Federativa Socialista da Iugoslávia, o qual inclui a parte terrestre, o espaço aéreo e as águas territoriais, respectivamente.

Outro aspecto relevante diz respeito à jurisdição concorrente, estatuída no artigo 9º, a saber:

1- O Tribunal Internacional e as jurisdições nacionais serão concorrentemente competentes para julgar as pessoas suspeitas de serem responsáveis por violações graves ao direito internacional humanitário cometidas no território da ex-Iugoslávia desde 1 de janeiro de 1991.

2- O Tribunal Internacional terá primazia sobre as jurisdições nacionais. Pode, em qualquer fase do processo, solicitar oficialmente às jurisdições nacionais que renunciem à respectiva competência a seu favor, em conformidade com o presente Estatuto e o documento Regras de Procedimento e Evidência.

Sublinha-se que esta competência concorrente não implica em possibilidade de que uma pessoa seja julgada tanto por tribunais nacionais quanto pelo Tribunal Internacional. O artigo 10 do Estatuto preceitua o *non bis in idem*, que impede que uma pessoa seja julgada por tribunal nacional por violação grave ao Direito Internacional Humanitário se já o foi, pelos mesmos fatos, por tribunal internacional e vice-versa, neste último caso, com as exceções previstas neste mesmo artigo.

Os demais artigos dizem respeito à organização do tribunal, qualificação e eleição dos juízes, composição das câmaras, abordam a promotoria, proteção das vítimas e testemunhas, penas, recursos, a cooperação e assistência judicial, entre outros aspectos.

O tribunal é composto por dezesseis juízes permanentes e, no máximo, nove juízes *ad litem*⁴¹. Os primeiros são eleitos pela Assembléia Geral da ONU, por um mandato de quatro anos, com direito à reeleição. Por sua vez os juízes *ad litem* são escolhidos pela Assembléia Geral a partir de uma lista de vinte e sete nomes, sem direito à reeleição e somente podem atuar no tribunal se forem indicados pelo Presidente, em um ou alguns casos determinados, por um período não superior a três anos.

O atual Presidente é o juiz Patrick L. Robinson, o qual assumiu a Presidência em 17 de novembro de 2008, e é juiz do tribunal desde 16 de novembro de 1998. Juiz Robinson é natural da Jamaica. Seus predecessores foram: Fausto Pocar (Itália, 2005-2008); Theodor Meron (EUA; 2002-2005); Claude Jorda (França; 1999-2002); Gabrielle Kirk McDonald (EUA; 1997-1999); e Antonio Cassese (Itália; 1993-1997). Os juízes são distribuídos em três

⁴¹ Expressão em latim que se traduz por: para a lide.

Câmaras de Julgamento, composta por três juízes permanentes e no máximo nove juízes ad litem por vez, e uma de Apelação, composta por sete juízes permanentes, sendo cinco do próprio Tribunal e dois do Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Participam do julgamento de cada apelação de cinco juízes.

Todos os julgamentos somente têm início com a presença do acusado, ou seja, não há julgamento *in absentia*, o qual durante o processo é mantido preso na Unidade de Detenção na sede do Tribunal, em Haia. Há, também, uma Seção de Vítimas e Testemunhas a fim de prestar assistência a estas durante o processo. A maior pena que pode ser imposta é a de prisão perpétua, sendo que pode ser cumprida em qualquer Estado que tenha assinado um acordo com a ONU dispondo-se a receber pessoas condenadas pelo Tribunal *ad hoc* para a Antiga Iugoslávia.

As investigações são de responsabilidade do Promotor, desde 01 de janeiro de 2008 exerce esta função Serge Brammertz, da Bélgica, que as realiza por iniciativa própria ou baseado em informações obtidas de indivíduos, governos, organismos internacionais ou organizações não-governamentais.

O Tribunal já indiciou 161 pessoas por sérias violações ao Direito Humanitário no território da ex-Iugoslávia. Destas 116 já tiveram seu processo concluído: 10 absolvidos; 57 sentenciados (dos quais quatro aguardando transferência, 27 foram transferidos para outros Estados para cumprirem as respectivas sentenças, 24 já cumpriram suas penas e dois morreram enquanto cumpriam suas penas); 13 se referem a casos de jurisdição nacional (transferidos para as cortes locais); e 36 tiveram seus indiciamentos retirados ou faleceram antes do julgamento (20 foram retirados e 16 faleceram). Há, ainda, 45 casos em andamento, 39 na Unidade de Detenção (UNDU) e quatro em liberdade provisória ⁴².

Críticas foram apontadas nos vários julgamentos levados a cabo por este Tribunal, e algumas matérias de defesa suscitadas, as quais podem ser sintetizadas, tomando-se como referência os argumentos da defesa no Caso de Tadic, o primeiro réu a ser condenado pelo Tribunal: o Tribunal fora estabelecido ilegalmente, pelo fato de ter sido criado pelo Conselho de Segurança da ONU e não por um tratado internacional; não haveria justificativa para a primazia do Tribunal face às Cortes nacionais competentes; e, por fim, a competência do Tribunal dizia respeito a crimes relacionados a conflitos armados internacionais e o caso da Iugoslávia era um conflito armado de caráter interno. Estas alegações foram afastadas pelo

⁴² Dados atualizados até o dia 17 de novembro de 2008. Disponíveis em <<http://www.icty.org/sections/TheCases/KeyFigures#concpros>>, acesso em 15 de dezembro de 2008.

Tribunal ⁴³, e este e os demais julgamentos levados a cabo.

2.1.4 - TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA

A fim de contextualizar os recentes acontecimentos em Ruanda, apresenta-se de modo bastante resumido o contexto histórico dos seus antecedentes.

Durante a II Guerra Mundial, os princípios defendidos pelas potências colonialistas estavam em flagrante contradição com o que elas de fato faziam em suas colônias. Após a guerra, EUA e URSS, por diferentes razões, assumiram posições contrárias ao Colonialismo e em defesa da autodeterminação dos povos. Esses dois fatores contribuíram para alimentar nos povos africanos o anseio de independência, dando início ao processo de emancipação conhecido como Descolonização da África ⁴⁴.

Tornou-se evidente após este conflito em escala mundial a debilidade dos Estados europeus, que perderam sua hegemonia para os EUA e a URSS, que não estavam interessados em prolongar a existência do sistema colonial. Ao mesmo tempo, grande número de soldados africanos combateu nos exércitos aliados, o que trouxe a consciência do seu próprio valor. Além disso, dois outros processos contribuíram para esta conscientização: a influência do modelo socialista, que se mostrou uma alternativa viável ao desenvolvimento em relação ao capitalismo; e a diversificação da sociedade africana, resultante de um relativo crescimento econômico propiciado pela própria colonização, que permitiu a formação de grupos urbanos – classe operária incipiente e setores burgueses com acesso a educação – dos quais surgiu uma elite capaz de formular projetos autônomos de emancipação.

Na maior parte das regiões sob colonização inglesa, a libertação se deu de forma relativamente pacífica, pois a Inglaterra, para preservar seus interesses econômicos nessas regiões, adotou uma política de liberalização controlada, permitindo a emancipação gradual de suas colônias.

Em contrapartida, nas regiões com núcleos estáveis de povoamento e colonização, constituídos por imigrantes europeus, as potências colonizadoras enfrentaram as reivindicações de independência com duras repressões. Nesse caso o caminho escolhido para a libertação nacional foi a luta armada. Como nas regiões de colonização francesa (Argélia),

⁴³ A respeito do posicionamento do tribunal nestas questões vide Japiassú (2004, p. 101-103).

⁴⁴ Esta síntese do processo de descolonização da África está baseada na obra de Pazzinato, Alceu & Senise, Maria H.. História moderna e contemporânea. 5.ed. São Paulo: Ática, 1995, cap.31.

quanto em áreas sob domínio português (Angola, Moçambique e Guiné-Bissau). Uma 3ª via foi a entrega do poder à minoria branca instalada na colônia, negando o autogoverno à maioria negra, como na Rodésia do Sul (atual Zimbábue) e da África do Sul.

Sublinha-se que o Colonialismo havia destruído as formas originais de organização das sociedades africanas e dividido seus territoriais de modo arbitrário, sem levar em conta as diferenças étnicas e culturais dos povos. Os Estados resultantes da descolonização herdaram esta divisão, imposta pelas metrópoles, e muitos acabariam reunindo em seus territórios etnias inimigas. Esse mecanismo perverso gerava fragmentação econômica, cultural e administrativa, dificultando o desenvolvimento autônomo e abrindo caminho para que o Imperialismo voltasse a estabelecer laços de dependência com as antigas metrópoles, sob a forma de programas de ajuda econômica.

O ano de 1960 marcou o auge do processo de reconhecimento das independências, quando 17 colônias da França e da Inglaterra alcançaram a autonomia. Fruto do pan-africanismo⁴⁵, em 1963, foi criada a Organização da Unidade Africana (OUA), fundada em Adis-Abeba, Etiópia, que tinha por objetivos: defender a soberania dos Estados membros e ajudar a promover a completa erradicação do colonialismo na África.

Neste período, entre outros graves acontecimentos, temos: a Guerra da Argélia (1954-1962; insurreição e posterior guerra civil no Congo; conflitos armados de libertação nacional nas colônias portuguesas em Angola (com posterior guerra civil), Moçambique e Guiné-Bissau; a política oficializada do apartheid⁴⁶ (estado de separação) na África do Sul; e conflitos étnicos na África Oriental.

Em 1962, surgiram na África Oriental dois Estados independentes: Burundi, uma monarquia tutsi, e Ruanda, uma República chefiada pelos hutus, ambos com minorias dos dois povos, respectivamente.

Em 1994, a região se viu mergulhada numa sangrenta guerra entre as etnias, que assumiu maiores proporções com o atentado contra o Presidente de Ruanda, Juvenal Habyarimana, quando o avião em que estava, juntamente com o Presidente de Burundi, foi

⁴⁵ Idéia de que os povos africanos tinham um destino comum e de que só pela união de esforço poderiam enfrentar os desafios do mundo, surgido no fim do séc. XIX, entre intelectuais negros do caribe e do sul dos EUA (Doutrina que procura realizar a unificação dos povos da África).

⁴⁶ Exemplo desta política eram as denominadas “leis do passe”, as quais obrigavam os negros a usar cadernetas de identificação para se locomover dentro das cidades. A 21 de março de 1960, 10 mil negros reunidos no gueto de Sharpeville queimaram seus passaportes em público. A polícia interveio e matou 77 negros, provocando enorme crise na África do Sul e protestos da ONU, evento conhecido como o massacre de Sharpeville (Dia Mundial de Protesto contra o Racismo).

abatido em circunstâncias até hoje não esclarecidas.

Sob este pretexto, a guarda presidencial e as milícias extremistas iniciaram barricadas na capital e prenderam Tutsis e Hutus moderados. Rapidamente o massacre se espalhou, levando à reação do movimento armado Tutsi. Assim ocorreu a morte de mais de 500.000 pessoas⁴⁷.

Em virtude do reconhecimento de que violações graves do direito humanitário foram cometidas em Ruanda e, baseado no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, o Conselho de Segurança da ONU criou o Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR) por meio da Resolução 955, de 8 de novembro de 1994. O objetivo desta medida era contribuir para o processo de reconciliação nacional em Ruanda e para a manutenção da paz na região. O Tribunal Penal Internacional para Ruanda foi estabelecido para o julgamento de pessoas responsáveis por genocídio e outras violações graves do direito internacional humanitário cometidas no território do Ruanda entre 1 de Janeiro de 1994 e 31 de dezembro de 1994. Pode também processar e julgar os cidadãos ruandeses responsáveis por genocídio e outros violações do direito internacional cometidas no território de Estados vizinhos, no mesmo período.

O Tribunal Penal Internacional para o Ruanda é regido por seu Estatuto, o qual foi publicado anexo à Resolução do Conselho de Segurança 955. O Regulamento de Procedimento e de Prova, em conformidade com o artigo 14 ° do Estatuto, estabelece o rito necessário para o funcionamento dos aspectos processuais. O Tribunal é composto por três órgãos: as Câmaras (três Câmaras de Julgamento e uma de Apelação); o Gabinete do Procurador, encarregado das investigações e da propositura das ações penais; e a Secretaria, responsável pelo fornecimento de apoio judiciário e administrativo para as Câmaras e do Procurador.

Pela resolução 977 de 22 de fevereiro de 1995, o Conselho de Segurança, decidiu que a sede do tribunal seria em Arusha, capital da Tanzânia.

No que tange a sua jurisdição, temos esquematicamente:

- *Ratione materiae*: genocídio, crimes contra a humanidade, e violações do artigo 3 comum às Convenções de Genebra e ao Protocolo Adicional II.
- *Ratione temporis*: crimes cometidos entre 1 de janeiro e 31 de dezembro de 1994;

⁴⁷ Japiassú, op.cit., p. 105.

- *Ratione personae et ratione loci*: crimes cometidos pelos ruandeses no território de Ruanda e no território de Estados vizinhos, bem como não-cidadãos ruandeses por crimes cometidos em Ruanda.

O Tribunal trabalha atualmente com 1032 funcionários de 86 nacionalidades, que atuam em Arusha, Kigali, Hague e Nova Iorque. O primeiro julgamento no ICTR começou em janeiro de 1997, após a chegada do primeiro acusado a Arusha, em maio de 1996. Até abril de 2007, o tribunal emitiu vinte e sete decisões judiciais envolvendo trinta e três acusados.

Com relação aos casos: há nove aguardando julgamento; 29 casos em andamento, sendo destes dois casos em sede de apelação; 29 casos transitados em julgado, com os apenados cumprindo suas sentenças; cinco absolvidos; dois casos transferidos para a jurisdição nacional; dois soltos após cumprirem suas sentenças; dois casos com o indiciamento retirado; três acusados faleceram; um preso por prestar falso testemunho e um preso por desrespeito a corte e 13 acusados em liberdade ⁴⁸.

Este tribunal recebeu críticas semelhantes às apresentadas no caso Tadic supramencionado (ICTY). O estabelecimento dos tribunais *ad hoc* por meio de resoluções do Conselho de Segurança foi alvo de questionamentos, pois segundo Tavernier⁴⁹ (1997, p.648), de fato o procedimento de criação desses tribunais não foi neutro: "encomendar a instituição dessas jurisdições ao Conselho de Segurança das Nações Unidas implicava em prevalecer o imperativo da manutenção da paz sobre o direito ou justiça".

Essa discussão foi retomada nas reuniões, durante a Conferência de Roma, sobre o estabelecimento de um tribunal penal permanente e independente. Na ocasião foi proposta e aceita a inclusão de um dispositivo que permitia ao Conselho de Segurança, por um prazo de 12 meses, renovável, suspender as investigações ou julgamentos do TPI, com base na manutenção da paz e segurança internacional (Capítulo VII da Carta das Nações Unidas).

Outra crítica a estes tribunais diz respeito às negociações de paz, as quais muitas vezes são estabelecidas com os próprios criminosos, e a necessidade de se conseguir uma situação favorável, durante este processo, faz com que a manutenção da paz, de certa forma, favoreça a impunidade dos principais responsáveis pelas violações de direitos humanos, uma vez que

⁴⁸ Dados atualizados em 16 dezembro de 2008. Detalhes de cada caso estão disponíveis no sítio oficial do Tribunal < <http://69.94.11.53/default.htm>>.

estes “negociadores” ainda são detentores do poder político.

Estes tribunais, ICTR e ICTY, continuam com seus trabalhos nos dias de hoje. Entre outros aspectos dignos de registro, como contribuição positiva destes Tribunais sublinha-se o progressivo entrelaçamento entre os sistemas do *common law* e do *civil law*, bem como representaram e ainda constituem importante subsídio para a estrutura e para a prática forense do TPI permanente, e, além disso, propiciaram as condições necessárias para as discussões que culminaram com a Conferência de Roma.

2.1.5 – OS APRESTOS DA CONFERÊNCIA DE ROMA

Como mencionado, a Comissão de Direito Internacional (CDI) das Nações Unidas realizou sucessivos estudos a respeito da implantação de um tribunal penal internacional que, entretanto, não lograram êxito por razões políticas vinculadas à guerra fria, esbarrando em questões prévias, como a da definição do crime de agressão e a elaboração de um código, com os crimes contra a paz e a segurança da humanidade.

No início dos anos 90, o assunto retornou à baila nas Nações Unidas. Por iniciativa de Trinidad e Tobago, a Assembléia-Geral voltou a recomendar à CDI, em 1990, a elaboração de um projeto de Estatuto para o referido tribunal. Os trabalhos na CDI foram impactados pela decisão do Conselho de Segurança de criar tribunais criminais internacionais ad hoc para a Antiga Iugoslávia (1993) e em Ruanda (1994). Essas decisões evidenciaram o vazio jurídico decorrente da inexistência de uma instância internacional independente, com base num instrumento jurídico de escopo universal, capaz de julgar os responsáveis pelos crimes mais graves de interesse internacional.

A CDI, em 1994, submeteu à Assembléia-Geral projeto de Estatuto para um futuro TPI. Em dezembro do mesmo ano, a Resolução nº 49/53 determinou a criação de um Comitê *ad hoc*, aberto a todos os Estados-membros, encarregado de examinar as principais questões substantivas e administrativas que surgissem da análise daquele projeto. Concluído o mandato do Comitê *ad hoc* e verificada a necessidade de discussões adicionais sobre a matéria, a Assembléia-Geral convocou um Comitê Preparatório (*PrepCom*), que se reuniu em um total de seis períodos de sessões, de 1996 a 1998. O *PrepCom* baseou-se no relevante trabalho efetuado pela Comissão de Direito Internacional e o projeto por ela submetido à Assembléia-

⁴⁹ Tavernier, P. La experiencia de los tribunales penales internacionales para ex-Iugoslávia y para Ruanda. Revista Internacional de la Cruz Roja 144, p..645-653. “De hecho, este procedimiento no fue neutral:

Geral. No entanto, durante o curso dos debates no Comitê, sob a influência da experiência com os tribunais *ad hoc* em andamento e diante da evolução da situação internacional, verificou-se a necessidade de contar com contribuições oriundas de outras fontes. Notadamente, o chamado “Projeto Siracusa”, elaborado pelo Comitê de Peritos do Instituto Internacional de Altos Estudos em Ciências Criminais, que se reuniu na cidade do mesmo nome, em 1996, e apresentou sugestões ao projeto da CDI. Esse texto ampliava em vários aspectos o escopo do TPI, ao eliminar a cláusula de jurisdição facultativa, ao prever a possibilidade de iniciativa autônoma do promotor para iniciar investigações e ao atribuir maior independência em relação ao Conselho de Segurança. O *PrepCom*, apesar das sérias vicissitudes que marcaram suas sessões, logrou elaborar um documento final, submetido à Conferência de Plenipotenciários de Roma, que unificava, num único texto, as principais opções em debate sobre o projetado Tribunal. (Sabóia, 2001, p. 6-7).

Assim, em 16 de dezembro de 1996, a Assembléia Geral das Nações Unidas, em sua Resolução 51/207, de acordo com o sugerido pela CDI, decidiu que a conferência diplomática dos plenipotenciários para a criação do Tribunal Penal Internacional deveria ser realizada em 1998, ano do aniversário de 50 anos de dois instrumentos importantes das Nações Unidas: a Convenção de Prevenção e Punição para os Crimes de Genocídio e a Declaração Universal dos Direitos Humanos. A Resolução 52/160 convocou a Conferência Diplomática cuja sede escolhida foi Roma. Deste modo, de 15 de junho a 17 de julho de 1998, nas dependências da FAO (*Food and Agriculture Organization of United Nations*), ocorreu a Conferência Diplomática de Plenipotenciários para o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional. O Estatuto foi aprovado e a Resolução da Assembléia Geral 53/105, de 8 de dezembro de 1998, sobre a adoção do Estatuto, convoca novamente uma Comissão Preparatória para elaborar documentos adicionais previstos pelo Estatuto (Maia, 2001, p. 58-59).

Incumbia a esta Comissão⁵⁰, que trabalhou até a realização da 1ª Assembléia dos Estados-Parte, a elaboração dos seguintes documentos, entre outros, de modo a proporcionar as condições para a operação do tribunal:

- a) Normas de Procedimento e Prova;
- b) Elementos de crimes;

encomendar la instauración de esas jurisdicciones al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas implicaba hacer prevalecer el imperativo del mantenimiento de la paz sobre el del derecho o el de la justicia”.

⁵⁰ Sobre os encargos e os documentos produzidos por esta Comissão vide <<http://untreaty.un.org/cod/icc/prepcomm/prepfra.htm>>, acesso em 16 de dezembro de 2008.

- c) Acordo sobre a relação entre o Tribunal e a ONU;
- d) Princípios básicos que regem o acordo com relação à sede, a ser negociado entre o Tribunal e o país anfitrião;
- e) Regulamentações e normas financeiras;
- f) Acordos sobre os privilégios e as imunidades do Tribunal;
- g) Orçamento para o primeiro ano financeiro do Tribunal; e
- h) Normas de procedimento da Assembléia de Estados-Parte.

Após esta apresentação dos antecedentes do TPI permanente, vejamos, então, os aspectos institucionais deste novo tribunal

3.0 - ASPECTOS INSTITUCIONAIS DO TPI

3.1 – CONSIDERAÇÕES GERAIS

Foi adotado em 17 de julho de 1998 o Estatuto de Roma pelos Estados que participaram da Conferência Diplomática dos Plenipotenciários das Nações Unidas para o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional, o qual foi aprovado com 120 votos a favor, sete contra (China, Estados Unidos da América, Filipinas, Índia, Israel, Sri Lanka e Turquia) e 21 abstenções⁵¹. Entrou em vigor em 01 de julho de 2002, isto é, no primeiro dia do mês subsequente ao transcurso de 60 dias da data em que o 60º Estado depositasse seu instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, nos termos de seu art. 126.1.

O Brasil foi o 69º Estado a ratificar o Estatuto, ao depositar seu instrumento de ratificação em 14 de junho de 2002, circunstância que, segundo o mesmo critério enunciado acima, fixou o início de sua vigência em 01 de setembro de 2002. O Congresso Nacional aprovou o texto do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, por meio do Decreto Legislativo nº 112, de 6 de junho de 2002 e, então, o Presidente da República por meio do Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002 promulgou O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Até dezembro de 2008, 108 Estados ratificaram o Tratado, de um total de 139 que o assinaram. O Adendo “A” a este trabalho contém a lista dos Estados que o ratificaram.

Pela primeira vez na história, com a entrada em vigor do Estatuto de Roma criou-se, uma corte penal internacional independente e permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes internacionais de maior relevância, onde, portanto, serão julgadas as pessoas acusadas dos crimes mais graves que tocam a comunidade internacional, a saber: crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra. O crime de agressão continua pendente de tipificação, para o que existe um grupo de trabalho encarregado desta

⁵¹ Tribunal Penal Internacional: Implementação do Estatuto de Roma no Brasil/ Adriana Lorandi (coord.). Brasília: MPM, 2007, pg.18.

tarefa ⁵².

Deste modo os Estados-Parte, conforme o preâmbulo, cômnicos de que todos os povos estão unidos por laços comuns, e preocupados com o fato do delicado equilíbrio reinante no Sistema Internacional poder vir a quebrar-se a qualquer instante, e tendo em vista que, no decurso do século XX, milhões de crianças, homens e mulheres têm sido vítimas de atrocidades inimagináveis que chocam profundamente a consciência da humanidade, e percebendo que crimes de uma tal gravidade constituem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem estar da humanidade, bem como afetam a comunidade internacional no seu conjunto, e portanto não devem ficar impunes e que a sua repressão deve ser efetivamente assegurada através da adoção de medidas em nível nacional e do reforço da cooperação internacional convieram pela criação do Tribunal.

Manifestaram, assim, a firme convicção de por fim à impunidade dos autores desses crimes e a contribuir para a prevenção de tais crimes. Sublinharam que é dever de cada Estado exercer a respectiva jurisdição penal sobre os responsáveis por crimes internacionais, bem como reafirmaram os Objetivos e Princípios consignados na Carta das Nações Unidas e, em particular, que todos os Estados devem se abster de recorrer à ameaça ou ao uso da força, contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou de atuar por qualquer outra forma incompatível com os Objetivos das Nações Unidas.

O TPI não é um tribunal supranacional, e sim internacional, em virtude de ter sido criado pelo acordo de vontades de Estados soberanos, através do instrumento apropriado, o tratado. Assim, passa a figurar na jurisdição dos Estados que o aceitarem, mas sem se converter numa instância a mais na sistemática recursal de cada ordenamento jurídico-processual, pois atuará somente quando houver deliberada omissão ou total impossibilidade de atuação do Poder Judiciário nacional. As decisões do Tribunal não desfazem e, tampouco, reformam ato judicial interno, como assinala Carvalho Ramos (2000, p. 277), “já que inexistente hierarquia funcional entre os tribunais internos e internacionais”; não se trata de uma Corte de Cassação e nem de uma eventual instância superior às nacionais. É desejável, que cada Estado-Parte inclua em seu ordenamento jurídico os instrumentos adequados que excluam, sempre e em todos os casos, a jurisdição do TPI. Há um projeto de lei neste sentido em

⁵² Para maiores informações a respeito deste grupo de trabalho vide os relatórios disponíveis em <<http://www.icc-cpi.int/asp/aspaggression.html>>, acesso 05 de dezembro de 2008.

tramitação no Brasil ⁵³.

Dentro deste contexto, salientamos o que dispõe o mencionado Ato Internacional em seu artigo 1º:

“É criado, pelo presente instrumento, um Tribunal Penal Internacional ("o Tribunal"). O Tribunal será **uma instituição permanente**, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, **e será complementar às jurisdições penais nacionais**. A competência e o funcionamento do Tribunal reger-se-ão pelo presente Estatuto.” (grifo nosso)

Deste modo o Tribunal Penal Internacional foi criado com caráter permanente e independente, no âmbito do sistema das Nações Unidas, e a relação entre o Tribunal e as Nações Unidas, de acordo com o artigo 2º, será estabelecida através de um acordo a ser aprovado pela Assembléia dos Estados-Parte, e em seguida, concluído pelo Presidente do Tribunal em nome deste. Este acordo foi firmado e entrou em vigor em 22 de julho de 2004⁵⁴.

Afora seu caráter fundante, o Estatuto de Roma contém normas penais, processuais penais, de execução penal, de organização judiciária e de estatuto da magistratura. A fim de proporcionar uma visão sobre a composição do Estatuto de Roma de modo a revelar a dimensão e a abrangência de seu conteúdo, apresenta-se suas partes componentes, as quais estão distribuídas em um preâmbulo e treze capítulos, que compreendem um total de 128 artigos, conforme descrito abaixo:

Capítulo I: Estabelecimento do Tribunal – artigos 1 a 4;

Capítulo II: Jurisdição, Admissibilidade e Direito Aplicável – artigos 5 a 21;

Capítulo III: Princípios Gerais do Direito Penal – artigos 22 a 33;

Capítulo IV: Composição e Administração do Tribunal – artigos 34 a 52;

Capítulo V: Inquérito e Procedimento Criminal – artigos 53 a 61;

Capítulo VI: O Julgamento – artigos 62 a 76;

Capítulo VII: As Penas – artigos 77 a 80;

Capítulo VIII: Recurso e Revisão – artigos 81 a 85;

⁵³ O Grupo de Trabalho instituído pela Portaria nº 58 de 10 de maio de 2004, da Secretaria Especial dos Direitos Humanos, coordenado pela Subprocuradora-Geral da Justiça Militar Adriana Lorandi, foi incumbido de elaborar um projeto de lei de adaptação da legislação brasileira ao Estatuto de Roma de 1998.

⁵⁴ O texto do acordo firmado está disponível em <http://www.icc-cpi.int/library/asp/ICC-ASP-3-Res1_French.pdf> acesso 05 de dezembro de 2008.

Capítulo IX: Cooperação Internacional e Auxílio Judiciário – artigos 86 a 102;

Capítulo X: Execução da Pena – artigos 103 a 111;

Capítulo XI: Assembléia dos Estados-Parte – artigo 112;

Capítulo XII: Financiamento – artigos 113 a 118;

Capítulo XIII: Cláusulas finais – artigos 119 a 128.

Não se pretende, neste breve estudo, exaurir cada uma das partes, em virtude das limitações deste tipo de investigação científica, entretanto evidenciam-se as principais características desta nova instituição internacional de modo a proporcionar as condições necessárias para a compreensão de sua jurisdição, de sua estrutura, do seu *modus operandi*, bem como os princípios cardeais que asseguram a legalidade de sua atuação e contribuem para a segurança jurídica internacional e a proteção dos Direitos Humanos a fim de contribuir para a análise da hipótese desta pesquisa.

Ressalta-se que há outros atos normativos⁵⁵ que complementam e se subordinam ao Estatuto de Roma, entre os quais dois merecem menção especial, porque são instrumentais para o funcionamento do Tribunal, a saber: Os Elementos Constitutivos dos Crimes e o Regulamento de Procedimento e Prova (ou "Regulamento Processual"). O primeiro - em inglês, *Elements of Crimes* - está previsto no artigo 9º do Estatuto de Roma, com a missão de auxiliar o Tribunal na interpretação dos tipos penais definidos nos artigos. 6º, 7º e 8º do Estatuto. Em atendimento às exigências de certeza e precisão características do sistema jurídico *civil law* eles complementam a definição dos crimes. O segundo - em inglês, *Rules of*

⁵⁵ Nenhum desses instrumentos conta ainda com tradução para o português. Versões autorizadas em pelo menos uma das 6 línguas oficiais do TPI (inglês, francês, espanhol, árabe, russo e chinês – de acordo com o art. 50 do Estatuto de Roma) estão disponíveis em <<http://www.icc-cpi.int/about/OfficialJournal.html>>. sítio oficial do Tribunal Penal Internacional, e até o momento são os seguintes, a saber: *Rules of Procedure and Evidence; Elements of Crimes; Regulations of the Court; Code of Judicial Ethics; Staff Regulations; Financial Regulations and Rules; Agreement on the Privileges and Immunities of the ICC; Negotiated Relationship Agreement between the International Criminal Court and the United Nations; Staff rules of the International Criminal Court; Code of Professional Conduct for counsel; Regulations of the Trust Fund for Victims; Regulations of the Registry; Agreement between the International Criminal Court and the International Committee of the Red Cross on Visits to Persons deprived of Liberty Pursuant to the Jurisdiction of the International Criminal Court; Agreement between the International Criminal Court and the European Union on Cooperation and Assistance; Memorandum of Understanding regarding Administrative Arrangements between the International Criminal Court and the Special Court for Sierra Leone; Agreement between the International Criminal Court and the Federal Government of Austria on the enforcement of sentences of the International Criminal Court; Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the International Criminal Court on the enforcement of sentences imposed by the International Criminal Court; Memorandum of Understanding between the International Criminal Court and the Asian-African Legal Consultative Organization; Headquarter Agreement between the International Criminal Court and the Host State; Security arrangements between the EU Council General Secretariat Security Office (GSCSO) and The European*

Procedure and Evidence - previsto no art. 51 do Estatuto, complementa e especifica as disposições processuais deste. Seu manuseio será indispensável para a postulação, inclusive pelos Estados Partes, perante os vários órgãos fracionários do Tribunal, e, em alguns casos têm relevância para as legislações internas.

Com relação ao regime jurídico o Tribunal terá personalidade jurídica internacional. Sua sede está localizada na cidade de Haia, nos Países Baixos.

A competência do Tribunal, *ratione materiae* restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. O Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes:

- a) O crime de genocídio;
- b) Crimes contra a humanidade;
- c) Crimes de guerra;
- d) O crime de agressão (pendente de definição).

Oportunamente, será ampliada a discussão a respeito destes crimes.

A competência *ratione temporis* do TPI, segundo dispõe o artigo 11 abrange apenas os crimes cometidos após a vigência do Estatuto. Para o Estado que se torne parte após a vigência deste, a competência só abrangerá crimes cometidos após a vigência do Estatuto para tal Estado, salvo mediante declaração depositada junto do Secretário onde expressamente a aceita para fatos pretéritos.

A jurisdição do TPI, *ratione loci e ratione personae*, depende de que um ou mais dos Estados definidos nas alíneas do artigo 12(2) seja parte no Estatuto, a saber:

- "a) o Estado em cujo território a conduta relevante ocorreu ou, se o crime foi cometido a bordo de navio ou aeronave, o Estado de registro do navio ou aeronave;
- b) o Estado de nacionalidade do acusado"

Afora o exposto, um Estado não-Parte do Estatuto pode expressamente aceitar o exercício da jurisdição do TPI em relação a um crime específico. Além disso, essas restrições não se aplicam se a persecução se iniciar por força de uma representação do Conselho de

Segurança das Nações Unidas, em relação a uma situação que se ajuste ao Capítulo VII da Carta das Nações Unidas (ações com respeito a ameaças à paz, ruptura da paz e atos de agressão).

As línguas árabe, chinesa, espanhola, francesa, inglesa e russa são as línguas oficiais, e as línguas francesa e inglesa são as línguas de trabalho do Tribunal.

Vejamos, doravante, os princípios basilares do TPI.

3.2 – O PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE

O princípio da complementaridade⁵⁶ é um dos aspectos mais importantes do Estatuto de Roma. Sua finalidade é assegurar que o TPI exerça o papel que lhe é atribuído sem interferir indevidamente com os sistemas jurídicos nacionais, a quem continua a incumbir a responsabilidade primária de investigar e processar os crimes. Ao contrário dos tribunais *ad hoc*, que são concorrentes e tem primazia sobre as cortes nacionais, o TPI tem caráter excepcional e complementar e somente aplicar-se-á aos crimes de extrema gravidade nele definidos (jurisdição *ratione materiae*): o crime de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e o crime de agressão⁵⁷.

Houve segundo Peixoto⁵⁸, extensas discussões sobre esta questão durante as negociações do diploma legal, de um lado um grupo mais conservador (Estados Unidos da América, França, Rússia, China e Reino Unido), alcunhado ‘P.5’, e do outro lado o denominado ‘*like-minded group*’, majoritário, que defendia a ampliação das prerrogativas do Tribunal.

A importância desse requisito de admissibilidade da atuação do TPI para a compreensão da própria articulação do TPI com a jurisdição nacional recomenda sua citação parcial: Assim transcreve-se o contido no décimo parágrafo do preâmbulo e parte do artigo

⁵⁶ O termo "complementaridade" (complementarity, complementarité) é uma expressão de origem francesa, que não existe em inglês, sendo apenas a tradução da expressão original francesa. O Comitê *ad hoc* de 1995 e o Comitê Preparatório de 1996 escolheram o termo para identificar e descrever as relações entre o Tribunal Penal Internacional e os sistemas judiciários nacionais (BASSIOUNI, M. Cherif. *Note explicative sur le Statut de la Cour Pénale Internationale*. In: *Cour pénale internationale - ratification et mise en oeuvre dans les législations nationales - Révue internationale de droit penal*. Toulouse: Érès, 2000, p. 4, nota 14 apud Japiassú, Carlos E.A. O tribunal Penal Internacional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2004. p.160.)

⁵⁷ Somente exercerá competência sobre o crime de agressão quando for regulamentado (definição, elementos, ...). Há um grupo de trabalho em funcionamento no TPI especificamente criado para alcançar esta tipificação. Para verificar o andamento dos trabalhos vide <<http://www.icc-cpi.int/asp/aspagggression.html>>, acesso em 03 de março de 2008.

17º do referido Estatuto:

Preâmbulo

[...] Sublinhando que o Tribunal Penal Internacional, criado pelo presente Estatuto, **será complementar às jurisdições penais nacionais** (grifo nosso), [...]

Artigo 17

Questões Relativas à Admissibilidade

1. Tendo em consideração o décimo parágrafo do preâmbulo e o artigo 1º, o Tribunal **decidirá sobre a não admissibilidade** de um caso (grifo nosso) se:

a) O caso for objeto de inquérito ou de procedimento criminal por parte de um Estado que tenha jurisdição sobre o mesmo, **salvo se este não tiver vontade de levar a cabo o inquérito ou o procedimento ou, não tenha capacidade para o fazer** (grifo nosso);

b) O caso tiver sido objeto de inquérito por um Estado com jurisdição sobre ele e tal Estado tenha decidido não dar seguimento ao procedimento criminal contra a pessoa em causa, a menos que esta decisão resulte do fato de esse **Estado não ter vontade de proceder criminalmente ou da sua incapacidade real para o fazer** (grifo nosso); [...]

d) O caso não for suficientemente grave para justificar a ulterior intervenção do Tribunal. [...]

3. A fim de determinar se há incapacidade de agir num determinado caso, o Tribunal verificará se o Estado, por colapso total ou substancial da respectiva administração da justiça ou por indisponibilidade desta, não estará em condições de fazer comparecer o acusado, de reunir os meios de prova e depoimentos necessários ou não estará, por outros motivos, em condições de concluir o processo.

De acordo com as normas supracitadas percebe-se, de forma inequívoca, a responsabilidade subsidiária e complementar do TPI. Em diversas partes deste diploma jurídico reitera-se este princípio para evidenciá-lo, ou seja, o TPI não substitui a competência dos Estados, e sim atua no sentido de garantir um grau de proteção a mais. Sendo acionável somente em situações de extrema gravidade, quando as instituições nacionais mostrarem-se falhas ou houver omissão na tutela dos direitos humanos.

Em homenagem ao princípio da complementaridade, o Estatuto prevê várias situações em que o próprio Estado-Parte pode comparecer em juízo para demonstrar que o caso em questão não reúne as condições para o exercício da jurisdição do TPI.

Sobre esta articulação entre as jurisdições nacionais e a do TPI, assim se expressam

⁵⁸ A.K. Peixoto. A erosão da soberania e a teoria das relações internacionais. Brasília: IPR/UnB, 1997 apud M. Maia, Tribunal Pena Internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.77.

Lirola Delgado e Martín Martínez⁵⁹:

En suma, el análisis realizado pone de manifiesto que la regulación de los aspectos sustantivos de la aplicación del principio de complementariedad en el Estatuto de Roma se sustenta sobre el delicado equilibrio a alcanzar entre una presunción inicialmente favorable a las jurisdicciones nacionales, y la facultad de supervisión que sobre éstas se reconoce a lo Tribunal. (apud Japiassú, 2004, p.174)⁶⁰

De acordo com Politi⁶¹ (1999, p. 817) muitos Estados membros se preocuparam em destacar a importância de não desresponsabilizar as jurisdições criminais nacionais em suas atividades ordinárias de repressão dos crimes previstos no Estatuto.

Para Sabóia (1999, p. 4) é mediante o princípio da complementaridade que o TPI poderá, em longo prazo, dar sua mais importante contribuição, ao incentivar os Estados a dotar seus sistemas judiciais dos instrumentos normativos e processuais capazes de aplicar a justiça de forma eficaz e equânime, nos casos dos crimes previstos no Estatuto. O Brasil tem caminhado neste sentido, buscando adaptar a legislação interna ao Estatuto.

Em contraposição, de acordo com Maia (2001, p.80), determinadas delegações, particularmente a dos Estados Unidos da América, apontaram que as prerrogativas do Tribunal são excessivas, e que se baseiam em uma “imaginária jurisdição universal”, com caráter vinculante para os Estados não-parte⁶².

A própria corte penal internacional, a este respeito, assim se pronuncia:

⁵⁹ Lirola Delgado, Isabel e Martín Martínez, Magdalena M.. La Corte Penal Internacional – justicia versus impunidad. Barcelona: Ariel, 2001. p. 160.

⁶⁰ “Em suma, a análise realizada evidencia que a regulamentação dos aspectos substantivos da aplicação do princípio da complementaridade no Estatuto de Roma está baseada em um delicado equilíbrio a ser alcançado entre uma presunção inicialmente favorável as jurisdições nacionais, e a facultade de supervisão sobre estas que se reconhece ao Tribunal” (tradução nossa). Lirola Delgado; Martín Martínez, Corte Penal Internacional – *Justicia versus Impunidad*. Barcelona: Ariel, 2001, p. 160

⁶¹ Politi, Mauro. Le Statut de Rome de la cour penal internationale: Le point de vue d’un negociateur. *Révue Générale de Droit International Public* 103, n°4, p.817-850, 1999.

⁶² De acordo com Maia, “é interessante verificar, durante as negociações, a postura norte-americana extremamente contrária à jurisdição universal, em contraste com a postura dos tribunais internos do mesmo país em casos como o de um cidadão libanês que seqüestrou um avião jordaniano no Oriente Médio. Baseando-se nas leis nacionais sobre a aplicação da Convenção de Haia, os EUA exerceram jurisdição como o estado de nacionalidade dos passageiros norte-americanos vítimas do delito. Outro caso que consta do documento preparado pela *Human Rights Watch* foi o Demjanjunk, em 1995, Ohio. O Tribunal permitiu a extradição a Israel de um Oficial de um campo de concentração alemão através da invocação universal: ‘(...) o direito internacional normalmente não proíbe a aplicação de leis nacionais estrangeiras em caso de atos cometidos fora do seu território. Israel formulou reivindicação baseada em crimes de guerra e crimes contra a humanidade’”. (2001, p. 81, nota 23).

“La compétence de la Cour n’est pas universelle. La Cour ne peut l’exercer que si :

L’accusé est un ressortissant d’un État partie ou d’un État qui a autrement accepté la compétence de la Cour ;

Le crime a été commis sur le territoire d’un État partie ou d’un État qui a autrement accepté la compétence de la Cour; ou

Le Conseil de sécurité de l’Organisation des Nations Unies a déféré la situation au Procureur, quels que soient la nationalité de l’accusé ou le lieu où le crime a été commis.”⁶³

Em virtude de sua estreita conexão ao tema da complementaridade da jurisdição internacional, o problema da coisa julgada (*‘ne bis in idem’*) mereceu criteriosa disciplina no artigo 20 do Estatuto, de modo a limitar rigidamente a possibilidade excepcional de o Tribunal desconsiderar decisões judiciais nacionais, sem que esse dogma frustrasse o propósito de impedir a impunidade mascarada em simulacros de processos. Em face da relevância, segue o inteiro teor do dispositivo:

“1.Salvo disposição contrária do presente Estatuto, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por atos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido.

2.Nenhuma pessoa poderá ser julgada por outro tribunal por um crime mencionado no artigo 5, relativamente ao qual já tenha sido condenada ou absolvida pelo Tribunal.

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

a) Tenha tido por objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; ou

b) Não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça.”

Antes de discutirmos os princípios gerais de direito penal adotados pelo Estatuto vejamos, de acordo com o artigo 21, o ‘direito a ser aplicado’: primeiramente o próprio Estatuto, os Elementos Constitutivos do Crime e o Regulamento Processual; após, se for o

⁶³ “A competência do Tribunal não é universal. O Tribunal pode exercer sua jurisdição somente se:

- O réu é nacional de um Estado-Parte ou de outro Estado que tenha aceitado a competência do Tribunal;
- O crime foi cometido no território de um Estado-Parte ou no de outro Estado que tenha aceitado a competência do Tribunal, ou
- O Conselho de Segurança das Nações Unidas tenha remetido a situação ao Procurador do Tribunal, seja qual for a nacionalidade do réu ou o lugar onde o crime foi cometido.” (tradução nossa). Disponível em

caso, os tratados e os princípios e normas de direito internacional aplicáveis, incluindo os princípios estabelecidos no direito internacional dos conflitos armados; e na falta destes, os princípios gerais do direito que o Tribunal retire do direito interno dos diferentes sistemas jurídicos existentes, incluindo, se for o caso, o direito interno dos Estados que exerceriam normalmente a sua jurisdição relativamente ao crime, sempre que esses princípios não sejam incompatíveis com o presente Estatuto, com o direito internacional, nem com as normas e padrões internacionalmente reconhecidos. Poderá aplicar, ainda, princípios e normas de direito tal como já tenham sido por si interpretados em decisões anteriores.

3.3 – OS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO PENAL

O primeiro princípio consagrado neste diploma é o *nullum crimen sine lege*⁶⁴, conhecido como princípio da legalidade, o qual tem por conteúdo que nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, a menos que a sua conduta constitua, no momento em que tiver lugar, um crime da competência do Tribunal. A previsão de um crime deve ser precisa, princípio da taxatividade dos delitos (artigo 22.2 do Estatuto de Roma), e não será permitido o recurso à analogia, bem como vigora o corolário *in dubio pro reo*⁶⁵. Há, ainda, uma “cláusula de abrangência” qual seja, a previsão de que a ausência de tipificação penal pelo próprio Estatuto, não afetará outras tipificações de uma conduta como crime nos termos do direito internacional.

O princípio *nulla poena sine lege*⁶⁶, conexo ao princípio da legalidade, também está positivado o qual se traduz que qualquer pessoa condenada pelo Tribunal só poderá ser punida em conformidade com as disposições do presente Estatuto.

Com relação ao princípio da não retroatividade *ratione personae*, está estatuído que nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, de acordo com o presente Estatuto, por uma conduta anterior à entrada em vigor do presente Estatuto.

Cumprе destacar a responsabilidade criminal individual, a qual durante muito tempo

<http://www.icc-cpi.int/about/ataglance/jurisdiction_admissibility.html&l=fr>, acesso em 22 de março de 2008.

⁶⁴ Expressão em latim que se traduz não existe crime sem lei.

⁶⁵ Expressão em latim que se traduz em dúvida, pelo réu.

⁶⁶ Expressão em latim que se traduz: não há pena sem lei.

foi uma aspiração da comunidade internacional⁶⁷, deste modo o Tribunal é competente para julgar as pessoas físicas, assim quem cometer um crime da competência do Tribunal será considerado individualmente responsável e poderá ser punido de acordo com o Estatuto. Sublinha-se que a responsabilidade criminal das pessoas físicas em nada afetará a responsabilidade do Estado, de acordo com o direito internacional.

Atendendo aos anseios de muitos Estados-Parte, o Tribunal não terá jurisdição sobre pessoas que, à data da alegada prática do crime, não tenham ainda completado 18 anos de idade.

Destaca-se, também, que de acordo com o artigo 27 o diploma jurídico será aplicável de forma igual a todas as pessoas sem distinção alguma baseada na qualidade oficial (princípio da irrelevância de função oficial). Em particular, a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público, em caso algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal nos termos do presente Estatuto, nem constituirá de per se motivo de redução da pena.

Cumprе ressaltar a responsabilidade dos chefes militares e outros superiores hierárquicos (princípio da responsabilidade de comandantes e outros superiores), a qual pela importância para este trabalho transcreve-se integralmente:

Responsabilidade dos Chefes Militares e Outros Superiores Hierárquicos

Além de outras fontes de responsabilidade criminal previstas no presente Estatuto, por crimes da competência do Tribunal:

a) O chefe militar, ou a pessoa que atue efetivamente como chefe militar, **será criminalmente responsável por crimes da competência do Tribunal que tenham sido cometidos por forças sob o seu comando** e controle efetivos **ou sob a sua autoridade** e controle efetivos, conforme o caso, pelo fato de não exercer um controle apropriado sobre essas forças quando:

i) **Esse chefe militar** ou essa pessoa **tinha conhecimento** ou, em virtude das circunstâncias do momento, **deveria ter tido conhecimento** de que essas forças **estavam a cometer ou preparavam-se para cometer esses crimes**; e

⁶⁷ Tribunal Militar Internacional de Nuremberg declarou “Que o direito internacional impõe deveres e responsabilidades sobre os indivíduos, assim como sobre Estados, já foi há muito reconhecido (...). Crimes contra o direito internacional são cometidos pelos homens, não por entidades abstratas, e só punindo os indivíduos que cometam tais crimes podem as provisões do direito internacional vigorar.” vide Freeland, Steven. Direitos Humanos, Meio Ambiente e Conflitos:enfrentando os crimes ambientais. Revista Internacional de Direitos Humanos. Ano 2. Nº. 2. 2005. p. 122. Disponível em <http://www.iedc.org.br/revista/2005_02_REVISTA_SUR.pdf>

- ii) **Esse chefe militar** ou essa pessoa **não tenha adotado** todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance **para prevenir ou reprimir a sua prática**, ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal.
- b) Nas relações entre superiores hierárquicos e subordinados, não referidos na alínea a), o superior hierárquico será criminalmente responsável pelos crimes da competência do Tribunal que tiverem sido cometidos por subordinados sob a sua autoridade e controle efetivos, pelo fato de não ter exercido um controle apropriado sobre esses subordinados, quando:
- a) **O superior hierárquico teve conhecimento ou deliberadamente não levou em consideração a informação** que indicava claramente que os subordinados estavam a cometer ou se preparavam para cometer esses crimes;
 - b) Esses crimes estavam relacionados com atividades sob a sua responsabilidade e controle efetivos; e
 - c) **O superior hierárquico não adotou** todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance **para prevenir ou reprimir** a sua prática ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal. (grifos nossos)

Os crimes da competência do Tribunal não prescrevem, ou seja, o agente não terá extinta a sua punibilidade pelo decurso do tempo, esta imprescritibilidade está prevista no artigo 29 do Estatuto. A esse respeito a Convenção das Nações Unidas sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, de 1968, já positivavam esta matéria.

Este princípio vem gerando polêmica e sendo debatido pela doutrina em razão da questão envolvendo a segurança jurídica. No que tange ao direito interno, a prescrição é um instituto historicamente consagrado, que garante a segurança exigida pelo sistema jurídico nacional, impedindo que o Estado ou a vítima promova a persecução criminal quando bem lhe convierem. As únicas exceções a este instituto estão devidamente positivadas pela Constituição Federal (art. 5º, incisos XLII e XLIV), a saber: a prática do racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Segundo Velloso⁶⁸ “o estabelecido no Estatuto do Tribunal Internacional, sob uma visão liberal, fere os princípios garantistas norteadores de nossa Constituição, uma vez que o parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal contempla a possibilidade de se ampliar o rol de direitos e garantias fundamentais por meio de tratados internacionais e não suprimi-los”.

Sobre os elementos de intencionalidade, nenhuma pessoa poderá ser criminalmente

⁶⁸ Velloso, R. Ribeiro. O Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/>>. Acesso em 03 de dezembro de 2008.

responsável e punida por um crime da competência do Tribunal, a menos que atue com vontade de cometê-lo e conhecimento dos seus elementos materiais.

Outro ponto que merece destaque são as causas de exclusão da responsabilidade criminal, as quais sustentam que não será considerada criminalmente responsável a pessoa que, no momento da prática de determinada conduta: sofrer de enfermidade ou deficiência mental; estiver em estado de intoxicação devidamente qualificado; agir em legítima defesa ou de terceiro com razoabilidade ou, em caso de crimes de guerra, em defesa de um bem que seja essencial para a sua sobrevivência ou de terceiro ou de um bem que seja essencial à realização de uma missão militar, contra o uso iminente e ilegal da força, de forma proporcional ao grau de perigo para si, para terceiro ou para os bens protegidos. O fato de participar em uma força que realize uma operação de defesa não será causa bastante de exclusão de responsabilidade criminal; coação irresistível.

Salienta-se ainda que, de acordo com o artigo 33, aquele que tiver cometido um dos crimes da competência do Tribunal, em cumprimento de uma decisão emanada de um Governo ou de um superior hierárquico, quer seja militar ou civil, não será isento de responsabilidade criminal, a menos que: (a) estivesse obrigado por lei a obedecer a decisões emanadas do Governo ou superior hierárquico em questão; (b) não tivesse conhecimento de que a decisão era ilegal; (c) e a decisão não fosse manifestamente ilegal. Ressalta-se que qualquer decisão de cometer genocídio ou crimes contra a humanidade será considerada como manifestamente ilegal. Relembro que a Convenção contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, New York, 1984, e a Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, ONU, 1992, prescrevem normas semelhantes.

No intuito de tornar a leitura menos densa os aspectos relativos à composição e administração do Tribunal encontram-se no anexo “C”.

3.4 – ASPECTOS PROCESSUAIS

Esta matéria possui caráter eminentemente técnico, e encontra-se positivada nos seguintes documentos: Estatuto do TPI; Os Elementos Constitutivos do Crime; e no Regulamento Processual. A fim de tornar mais fluida a leitura, apresenta-se apenas determinados pontos julgados relevantes

De acordo com Lorandi (2007, p. 25) a disciplina processual adotada pelos Estados-Parte para o Estatuto de Roma parece reunir predominantemente características dos dois grandes sistemas ocidentais, a saber, o anglo-saxônico (*common law*) e o europeu continental (*civil law* ou romano-germânico), ao qual se filia o Brasil.

O inquérito é conduzido pelo Procurador e a instrução criminal compete aos Juízes do Tribunal. Portanto, percebe-se que o processo perante o Tribunal Penal Internacional comporta duas etapas bem distintas: a fase de instrução e a fase de julgamento.

Salienta-se apenas que na fase instrutória, há três possibilidades mediante as quais se pode instaurar um inquérito pelo Tribunal, de acordo com os artigos 13 a 15 do Estatuto, a saber:

a) um Estado-Parte poderá encaminhar um determinado caso ao Procurador, nos casos em que pareça haver sido cometido um ou mais crimes da jurisdição do Tribunal;

b) o Conselho de Segurança poderá encaminhar um caso ao Procurador, agindo nos termos do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, em que qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários desses crimes; ou

c) o Procurador poderá iniciar investigações por conta própria, com base em informações recebidas de fonte confiável sobre a ocorrência de crimes da competência do Tribunal.

Procede-se, após, o início do inquérito de acordo com as normas processuais supracitadas. Estão previstos mecanismos de recurso e revisão das sentenças, até o trânsito em julgado.

3.5 – PENAS

O Tribunal pode impor à pessoa condenada por um dos crimes de sua jurisdição as seguintes penas: reclusão por prazo não superior a trinta anos; prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem; multa, de acordo com os critérios previstos no Regulamento Processual, e a perda de produtos, bens e haveres provenientes, direta ou indiretamente, do crime, sem prejuízo dos direitos de terceiros que tenham agido de boa fé.

Também poderá ser fixada pelo Tribunal uma reparação às vítimas, sob a forma de

restituição, indenização ou reabilitação, que será paga pela pessoa condenada ou por um Fundo Fiduciário (Fundo em Favor das Vítimas), especialmente criado para esse fim, constituído por bens confiscados e por contribuições dos Estados-Parte. Para auxiliar o Tribunal a proporcionar a reparação às vítimas, os Estados-Parte deverão fornecer ao Tribunal toda a informação pertinente no tocante à implementação de ordens de reparação nas suas jurisdições, tanto no que diz respeito a processos nacionais como a um caso particular.

As penas privativas de liberdade serão cumpridas num Estado indicado pelo Tribunal a partir de uma lista de Estados que lhe tenham manifestado a sua disponibilidade para receber pessoas condenadas.

Somente o Tribunal terá a faculdade de decidir sobre qualquer redução da pena, quando a pessoa já tiver cumprido dois terços da pena, ou 25 anos de reclusão em caso de pena de prisão perpétua, o Tribunal reexaminará a pena para determinar se haverá lugar a sua redução.

3.6 – COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E AUXÍLIO JUDICIÁRIO

A cooperação com o TPI mereceu um extenso capítulo do Estatuto de Roma, pois a tutela primária do Tribunal não prescinde da sujeição dos Estados Partes. Assim, os Estados-Parte deverão, cooperar plenamente com o Tribunal no inquérito e no procedimento contra crimes da competência deste.

Por mais bem dotado que o Tribunal venha a ser em relação a meios de investigação e de fazer cumprir suas decisões, a natureza de coordenação (“visão grociana”) do Direito Internacional, diversamente da natureza de subordinação (“visão hobbesiana”) que rege o Direito Interno, impõe que a jurisdição internacional conte com a ativa cooperação dos Estados Partes. O TPI ou seu Procurador não dispõe de mecanismos de coerção, que sejam capazes de impor suas decisões pela força.

Neste sentido está estatuído que se um Estado-Parte recusar um pedido de cooperação formulado pelo Tribunal, impedindo-o assim de exercer os seus poderes e funções, o Tribunal poderá elaborar um relatório e remeter a questão à Assembleia dos Estados-Parte ou ao Conselho de Segurança, quando tiver sido este a submeter o fato ao Tribunal, da mesma forma procederá se, após a celebração de um convênio *ad hoc* ou de um acordo com o Tribunal, um Estado que não seja Parte no Estatuto se recusar a cooperar nos termos de tal

convênio ou acordo.

O Tribunal poderá formular um pedido de detenção e entrega de uma pessoa, a qualquer Estado em cujo território essa pessoa se possa encontrar, e solicitar a cooperação desse Estado na detenção e entrega da pessoa em causa. Neste sentido, a cooperação com o Tribunal é vertical, ao contrário da cooperação horizontal, por exemplo, que se estabelece entre Estados Soberanos no tocante à repressão do crime organizado transnacional, cujo caso mais evidente é a extradição, que depende de um ato de vontade do Estado requerido.

3.7 – ASSEMBLÉIA DOS ESTADOS-PARTE E FINANCIAMENTO

A parte destes assuntos destaca-se que foi constituída, por meio deste Ato Internacional, uma Assembléia dos Estados-Parte. Cada um dos Estados-Parte nela disporá de um representante. Outros Estados signatários do Estatuto ou da Ata Final poderão participar nos trabalhos da Assembléia na qualidade de observadores. A Assembléia reunir-se-á na sede do Tribunal ou na sede da Organização das Nações Unidas uma vez por ano e, sempre que as circunstâncias o exigirem, em sessão extraordinária.

Salienta-se que as despesas do Tribunal e da Assembléia dos Estados-Parte, incluindo a sua Mesa e os seus órgãos subsidiários, serão financiadas pelas quotas dos Estados-Parte e pelos fundos provenientes da Organização das Nações Unidas, sujeitos à aprovação da Assembléia Geral, particularmente no que diz respeito às despesas relativas a questões remetidas para o Tribunal pelo Conselho de Segurança. O Tribunal poderá receber e utilizar, a título de fundos adicionais, as contribuições voluntárias dos Governos, das organizações internacionais, dos particulares, das empresas e demais entidades, de acordo com os critérios estabelecidos pela Assembléia dos Estados-Parte.

Sublinha-se que não foram admitidas reservas ao Estatuto.

3.8 – SITUAÇÕES E CASOS

Após uma análise rigorosa, em conformidade com o Estatuto de Roma e do Regulamento Interno e Provas, o Procurador tomou a decisão de abrir investigações em quatro situações, a saber:

- Caso na República Democrática do Congo ⁶⁹
 - Processo Procurador v. Thomas Lubanga Dyilo⁷⁰;
 - Processo Procurador v. Bosco Ntaganda⁷¹;
 - Processo Procurador v. Germain Katanga e Mathieu Ngudjolo Chui⁷²;

- Caso na Uganda ⁷³
 - Processo Procurador v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo e Dominic Ongwen ⁷⁴;

- Caso na República Centro Africana ⁷⁵
 - Processo Procurador v. Jean-Pierre Bemba Gombô⁷⁶;

- Caso em Darfur, no Sudão ⁷⁷
 - Processo Procurador v. Muhammad Ahmad Harun ("Ahmad Harun") e Ali Muhammad Ali Abd al-Rahman ("Ali Kushayb") ⁷⁸

Destas quatro situações, exceto o caso de Darfur, o qual foi levado ao Tribunal por iniciativa do Conselho de Segurança das Nações Unidas, os demais foram submetidos pelos Estados-Parte.

Em virtude destes quatro primeiros casos serem de Estados africanos, há críticas de que o TPI seria uma Corte para o Terceiro Mundo, um meio de dominação, e sobre este entendimento assim se pronuncia a Juíza Sylvia Steiner:

Por enquanto, não consigo ter essa visão. A prova é que nos casos que temos atualmente - com a exceção de Darfur - foram os próprios Estados que pediram a intervenção. Eles reconheceram que não tinham estrutura para julgar esses tipos de crimes. O Tribunal não está

⁶⁹ Vide caso ICC-01/04. Os documentos relativos a estes casos e processos estão disponíveis no sítio oficial do TPI < <http://www.icc-cpi.int/cases.html>>. Acesso em 08 de dezembro de 2008.

⁷⁰ Vide processo ICC-01/04-01/06

⁷¹ Vide processo ICC-01/04-02/06

⁷² Vide processo ICC-01/04-01/07

⁷³ Vide caso ICC-02/04

⁷⁴ Vide processo ICC-02/04-01/05

⁷⁵ Vide caso ICC-01/05

⁷⁶ Vide processo ICC-01/05-01/08

⁷⁷ Vide caso ICC-02/05

⁷⁸ Vide processo ICC-02/05-01/07

escolhendo casos de países africanos, porque tem um perfil colonialista. O fato de os africanos pedirem a intervenção é uma amostra da importância que o Tribunal tem para esses Estados e para as vítimas. O TPI é um espaço onde eles têm voz, podem participar do procedimento judicial e pleitear a reparação. As críticas vêm pela falta de informação sobre o que é o Tribunal, a sua jurisdição e seus limites⁷⁹.

O TPI distingue-se da Corte Internacional de Justiça (CIJ), antiga Corte Permanente de Justiça Internacional, a qual tem um perfil completamente diferente, pois não possui competência criminal. A CIJ é um órgão da ONU que decide disputas entre Estados⁸⁰. O TPI é uma instituição independente, vinculada a ONU, e é uma corte tipicamente penal, que tem como função principal julgar as pessoas acusadas de cometer crimes de guerra, contra a humanidade e de genocídio, com base na culpabilidade e na responsabilidade individual.

Destarte, após discorrermos sobre estes aspectos institucionais do Tribunal, a adesão a este Estatuto pode ser vista como uma manifestação da soberania do próprio Estado-parte, que ainda guarda determinadas características do vigor do “Leviatã” de Hobbes. Ressalta-se que o TPI não dispõe de polícia judiciária, instrumento legítimo de força o qual garante a implementação das determinações emanadas por seus juízes. Para recolher elementos de prova, para convocar testemunhas, para notificar e fazer cumprir mandados de comparecimento ou de prisão, e até mesmo, para execução das penas, eles devem se dirigir às autoridades nacionais (Cassese, 2004, p.8). Verifica-se, deste modo, que se faz necessária a cooperação pelo Estado-Parte, o qual ao aderir ao estatuto se obriga pela consagrada norma de origem costumeira ‘*pacta sunt servanda*’⁸¹.

Portanto, à luz das considerações e dos artigos supracitados percebe-se o caráter subsidiário e complementar do tribunal. Este é desprovido do poder de coerção e o Estado continua com o monopólio da força.

Apresentam-se, a seguir, considerações a respeito da jurisdição *ratione materiae* deste tribunal.

⁷⁹ Vide entrevista da Juíza Sylvia Steiner ao Consultor Jurídico. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/static/text/67382,1>> acesso em 08 de dezembro de 2008.

⁸⁰ A Corte Internacional de Justiça é o principal órgão judicial da Organização das Nações Unidas. Está incumbido de decidir de acordo com o direito internacional os litígios judiciais entre Estados e de emitir pareceres em relação às questões legais que lhe forem submetidas por órgãos ou instituições especializadas da ONU. Disponível em <<http://www.icj-cij.org/homepage/sp/>> acesso 08 de dezembro de 2008.

⁸¹ O artigo 26 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, estabelece “*Pacta sunt servanda* - todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido de boa-fé”. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/dtrat.htm>> acesso em: 10 de jan de 2008.

3.9 – CORE CRIMES

A Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas ao elaborar o seu anteprojeto de Estatuto para um futuro Tribunal reconheceu duas categorias de crimes, a saber: a primeira se referia ao genocídio, à agressão, às sérias violações das leis e dos costumes aplicáveis em conflitos armados, e aos crimes contra a humanidade, os quais ficaram conhecidos como *core crimes*; a segunda abordava os crimes definidos por tratados internacionais, tais como as infrações graves previstas pela Convenção de Genebra de 1949 e pelo seu 1º Protocolo Adicional de 1977: apartheid, tortura, certos atos de terrorismo e tráfico ilícito de entorpecentes, denominados de *treaty crimes*.

Na Conferência de Roma, os crimes passíveis de tutela pelo tribunal foram divididos em três diferentes categorias conceituais. A primeira reunia os crimes cuja inclusão tinha o apoio da ampla maioria, tais como o genocídio, os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra. A segunda consistia somente no crime de agressão, sobre o qual pairaram questionamentos quanto à conveniência da inclusão. E uma terceira categoria tratava aos *treaty crimes*. Percebia-se ao longo das negociações uma tendência no sentido de limitar a atuação do tribunal a fim de obter uma aceitação mais ampla pelos Estados Nacionais (Japiassú, p.218).

Maia (2001, p. 85-86) aponta que os crimes de tráfico de drogas e de terrorismo, os quais foram propostos pelos Estados do Caribe, e o crime contra as Nações Unidas e pessoas associadas, cuja inclusão se deu em virtude de proposta da Espanha, previstos no projeto de Estatuto apresentado pelo Comitê Preparatório à Conferência de Plenipotenciários, apesar de terem sua inclusão defendida por vários Estados, ficaram fora do documento final, com exceção do último, que foi parcialmente incorporado aos crimes de guerra.

Segundo a autora prevaleceu à posição da maioria que argumentava que estes delitos, além dos problemas de definição, requereriam um planejamento longo para investigação, infiltração nas organizações envolvidas, imunidade para alguns dos envolvidos, os quais poderiam ser melhor investigados e processados por autoridades nacionais em acordos de cooperação entre os Estados. Cumpre registrar que a resolução anexa ao Ato Final da Conferência de Roma reconhece a extrema gravidade dos atos de terrorismo e de tráfico de entorpecentes, e prevê a possibilidade de, no futuro, serem incluídos na esfera de competência do TPI.

Assim ao final das discussões o texto aprovado restringiu-se aos crimes mais graves,

que afetam a comunidade internacional no seu conjunto, a saber: o crime de genocídio; crimes contra a humanidade; crimes de guerra; e o crime de agressão.

3.9.1 – CRIME DE GENOCÍDIO

Para Hungria (1980, p.370) são como homicídios em série, vinculados e especificamente cometidos pelo fim de destruição de grupos nacionais, raciais, religiosos ou políticos.

E complementa Japiassú (2004, p.233) o genocídio é um crime que exige sempre o dolo específico, por entender que não basta a intenção de matar, devendo também estar presente o propósito de aniquilar, total ou parcialmente o grupo. Se a ação de matar não for praticada com a intenção de exterminar, existirá o homicídio e não será caracterizado o genocídio⁸².

Com relação ao crime de genocídio, sua definição em Roma não causou controvérsias, uma vez que sua definição foi idêntica aquela contida na Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, de 1948, bem como nos estatutos dos tribunais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia (artigo 4º) e Ruanda (artigo 2º)⁸³.

Entretanto a definição deste crime à época da Convenção ocasionou discussões, pois havia sido incluído em seu Projeto duas formas de genocídio desconhecidas do Tribunal de Nuremberg, que havia se limitado ao genocídio físico e ao genocídio biológico. Tratava-se do genocídio político e do genocídio cultural.

De acordo com Ramella (1987, p. 35), por genocídio físico entende-se a ação de matar ou mutilar diretamente pessoas ou sua submissão a condições que não lhes permitam sobreviver. Os campos de concentração, ou a escravização de trabalhadores, os quais conduziam à morte pela fome ou através de enfermidades, são exemplos desta conduta. O genocídio biológico consiste em impedir a reprodução mediante esterilização, aborto ou outro meio violento. Nessa modalidade se inclui, também, o seqüestro de crianças.

No que diz respeito a genocídio cultural, segundo Mello (1997, p.124) entendeu-se que seria a conduta cometida com a intenção de destruir a língua, a religião ou a cultura de um grupo nacional, racial ou religioso. Tal conduta poderia consistir na proibição de utilização da

⁸² A este respeito vide a jurisprudência do STF materializada no RE 351.487-3 Roraima, de 03.08.2006, Relator Ministro César Peluso. Julgado disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RE.SCLA.+E+351487.NUME.&base=baseAcordaos>> aceso em 30 de janeiro de 2009.

língua do grupo ou a destruição de museus. Esse conceito foi criticado pelos Estados Unidos da América, pelo Reino Unido e pela França, os quais afirmaram, em síntese, que a convenção deveria se ater à destruição física do homem e que o direito à vida cultural diz respeito ao desenvolvimento social humano, e, deste modo, deveria ser protegido por um documento internacional ligado à cultura. No que tange a genocídio político, a União Soviética e a Polônia se opuseram firmemente à sua inclusão, por afirmarem que a Convenção estava destinada a proteger aqueles que pertencessem a um grupo independentemente de sua vontade, e não pretendia atingir os grupos voluntários (ou seja, grupo nacional, étnico, racial ou religioso e não grupo político).

Com relação à competência do TPI a respeito deste tipo penal, também, não houve questionamentos em virtude da própria Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio já ter previsto a criação de um tribunal internacional permanente com competência específica para seu julgamento.

O Brasil é signatário desta Convenção, concluída em Paris, a 11 de dezembro de 1948, por ocasião da III Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas, e promulgada pelo Decreto nº 30.822, de 6 de maio de 1952, pelo então Presidente Getulio Vargas.

Assim, foi sancionada a lei nº 2.889, de 1 de outubro de 1956, a qual define e pune o crime de genocídio⁸⁴ no direito interno. Posteriormente o artigo 208 do Código Penal Militar também trouxe este tipo penal como crime militar em tempo de paz, onde no caput aparece o genocídio propriamente dito (Matar membros de um grupo nacional, étnico, religioso ou pertencente a determinada raça, com o fim de destruição total ou parcial desse grupo) e os casos assemelhados (infligir lesões graves a membros do grupo; submeter o grupo a condições de existência, físicas ou morais, capazes de ocasionar a eliminação de todos os seus membros ou parte deles; forçar o grupo à sua dispersão; impor medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; efetuar coativamente a transferência de crianças do grupo

⁸³ Textos oficiais disponíveis nos seguintes sítios, respectivamente:

<<http://www2.mre.gov.br/dai/genocidio.htm>> ,

<http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept08_en.pdf> ,

<<http://69.94.11.53/ENGLISH/basicdocs/statute/2007.pdf>> acessos em 17 dezembro de 2008.

⁸⁴ Art. 1º Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:

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 física total ou parcial;

d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;

e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo;

Será punido: com as penas (...)

para outro grupo) e crime militar em tempo de guerra (artigos 401 e 402), neste caso cominando com a pena de morte se a conduta consistisse na eliminação de membros do grupo. O genocídio também se encontra no rol dos denominados crimes hediondos⁸⁵. Estas definições são, portanto, similares a da referida Convenção.

Deste modo, de acordo com o artigo 6º do Estatuto do TPI entende-se por "genocídio", qualquer um dos seguintes atos praticados com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, a saber: homicídio de membros do grupo; ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo; sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial; imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo; e transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo.

Percebe-se, portanto, que o bem jurídico tutelado é a existência de um grupo humano como tal, sendo assim uma subespécie de crime contra a humanidade.

Para Lafer (1997, p.59) o genocídio, pode ser percebido como um crime contra a humanidade e fundamentado na tutela da condição humana da pluralidade e da diversidade, e neste sentido se expressa, em seu diálogo com o pensamento de Arendt:

O crime de genocídio, administrado por Eichmann e perpetrado no corpo do povo judeu, é um crime contra a humanidade porque é uma recusa frontal da diversidade e da pluralidade – características da condição humana na proposta arendtiana de um mundo plural. A fundamentação da repressão ao genocídio na visão arendtiana baseia-se, assim, na sua análise da condição humana in *The human condition* e nos princípios kantianos, por ela esposados nas suas *Lectures on Kant's political philosophy*, da hospitalidade universal e da confiança recíproca, articulados no Projeto de paz perpétua. A hospitalidade universal vem a ser um princípio de *jus cogens* de ordem internacional, pois o fato de o genocídio ter ocorrido é um precedente que ameaça a ordem pública internacional. Nenhum povo da terra pode se sentir razoavelmente seguro de sua existência e sobrevivência e, portanto, à vontade e em casa no mundo, na medida que se admite o genocídio como uma possibilidade futura, pois esta possibilidade compromete o também kantiano princípio da confiança recíproca.

Neste mesmo sentido Comparato⁸⁶ argumenta que antes mesmo da aprovação, em 12

⁸⁵ Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a qual dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal. Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes (...):
Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1o, 2o e 3o da Lei no 2.889, de 1o de outubro de 1956, tentado ou consumado

⁸⁶ O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos, palestra proferida na Escola Paulista da Magistratura, em 22 de janeiro de 2001 por Fábio Konder Comparato, disponível em <ttp://www.dhnet.org.br> acesso em 18 de dezembro de 2008.

de dezembro de 1948, da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, “reconhecia-se a vigência internacional do direito dos povos à existência, e identificava-se no genocídio um crime contra a humanidade, ainda que a ação delituosa não fosse definida tipologicamente, nem as penalidades cominadas”.

3.9.2 – CRIME CONTRA A HUMANIDADE

Para Lorandi (2007, p.47) o conceito de ‘crime contra a humanidade’ deriva da chamada “Cláusula Martens”, inserida no preâmbulo da Convenção da Haia nº IV, relativa ao Direito e aos Costumes da Guerra Terrestre de 1907. Esta cláusula convencionou que:

“[...] as Altas Partes Contratantes em casos não incluídos nos Regulamentos adotados declaram que os habitantes e os beligerantes se mantêm sob a proteção e as regras dos princípios do direito das nações, como resultado dos usos estabelecidos entre povos civilizados, das leis da humanidade e dos imperativos da consciência pública”⁸⁷.

E prossegue a autora, a violação dessas “leis da humanidade” é que comporia o cerne dos crimes contra a humanidade. Conforme mencionado, em 1919, na Conferência de Versalhes, os aliados europeus insistiram muito em acusar os alemães vencidos da “violação das leis da humanidade”, o que não foi aceito pelos negociadores norte-americanos, à míngua de lei anterior que definisse tal violação como crime. Assim, o Kaiser Guilherme II foi acusado de “suprema ofensa contra a moral internacional e a santidade dos tratados”⁸⁸, sendo esta, evidentemente, uma acusação mais de natureza política do que penal.

⁸⁷ Do original “Until a more complete code of the laws of war has been issued, the High Contracting Parties deem it expedient to declare that, in cases not included in the Regulations adopted by them, the inhabitants and the belligerents remain under the protection and the rule of the principles of the law of nations, as they result from the usages established among civilized peoples, from the laws of humanity, and the dictates of the public conscience”. Disponível em < http://avalon.law.yale.edu/20th_century/hague04.asp> acesso em 10 de dezembro de 2008.

⁸⁸ Artigo 227 do Tratado de Versalhes, no original:

“The Allied and Associated Powers publicly arraign William II of Hohenzollern, formerly German Emperor, for a supreme offence against international morality and the sanctity of treaties.*

A special tribunal will be constituted to try the accused, thereby assuring him the guarantees essential to the right of defence. It will be composed of five judges, one appointed by each of the following Powers: namely, the United States of America, Great Britain, France, Italy and Japan.

In its decision the tribunal will be guided by the highest motives of international policy, with a view to vindicating the solemn obligations of international undertakings and the validity of international morality. It will be its duty to fix the punishment which it considers should be imposed.

The Allied and Associated Powers will address a request to the Government of the Netherlands for the surrender to them of the ex- Emperor in order that he may be put on trial”. Como é sabido a Holanda não concedeu a extradição e o ex-Kaiser nunca foi levado a julgamento.

*Guilherme II da Prússia, Imperador Alemão, nascido Frederico Guilherme Victor Alberto Hohenzollern (em alemão: Friedrich Wilhelm Viktor Albrecht Hohenzollern, em inglês: Frederick William Victor Albert Hohenzollern).

Após esta tentativa infrutífera da I Guerra Mundial, em Nuremberg, houve a tipificação deste delito, na forma do artigo 6º, c, do Estatuto do Tribunal Internacional Militar onde os crimes contra a humanidade foram assim definidos, a saber:

“O assassinato, o extermínio, a redução à escravidão, a deportação e outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil, antes ou durante a guerra, cometidas em consequência ou em conexão com qualquer crime da jurisdição do Tribunal, independentemente de serem ou não violações da legislação interna do país onde foram perpetrados”⁸⁹.

Em Roma, de acordo com Sabóia (2001, p.8-9) as principais fontes utilizadas para subsidiar a discussão a respeito a sua tipificação foram as Cartas dos Tribunais de Nuremberg e Tóquio, os Estatutos dos tribunais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e Ruanda, bem como o Projeto de Código de Crimes contra a Paz e Segurança da Humanidade, preparado pela CDI.

Ressalta o autor, o qual foi Chefe da Delegação brasileira junto à Conferência de Plenipotenciários das Nações Unidas sobre o estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional, que os crimes contra a humanidade, podem ser cometidos tanto durante um conflito armado como em tempo de paz, baseado na jurisprudência do caso Tadic⁹⁰, e distinguem-se dos crimes de guerra ou dos delitos comuns por se tratarem de atos cometidos contra qualquer população civil e pela escala em que são cometidos. Salientou que a definição desse limiar foi objeto de difícil negociação durante a Conferência de Roma..

Desta forma, o Estatuto de Roma, por meio do seu artigo 7º positivou esta conduta, assim, “entende-se por ‘crime contra a humanidade’, qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque”:

- a) Homicídio;
- b) Extermínio⁹¹;

⁸⁹ Tradução nossa. Texto original disponível em <<http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/nuremberg/NurembergIndictments.html>> acesso em 18 de dezembro de 2008.

⁹⁰ Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia. The Prosecutor x Dusko Tadic, decisão da Câmara de Apelações de 2 de outubro de 1995, § 141: “*“It is by now a settled rule of customary international law that crimes against humanity do not require a connection to international armed conflict. Indeed, as the Prosecutor points out, customary international law may not require a connection between crimes against humanity and any conflict at all. Thus, by requiring that crimes against humanity be committed in either internal or international armed conflict, the Security Council may have defined the crime in Article 5 more narrowly than necessary under customary international law. There is no question, however, that the definition of crimes against humanity adopted by the Security Council in Article 5 comports with the principle of nullum crimen sine lege”.*”.

⁹¹ O ‘extermínio’ compreende a sujeição intencional a condições de vida, tais como a privação do acesso a alimentos ou medicamentos, com vista a causar a destruição de uma parte da população.

- c) Escravidão⁹²;
- d) Deportação ou transferência forçada de uma população⁹³;
- e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional;
- f) Tortura⁹⁴;
- g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada⁹⁵, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável;
- h) Perseguição⁹⁶ de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, (...), ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal;
- i) Desaparecimento forçado de pessoas⁹⁷;
- j) Crime de apartheid⁹⁸;
- k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.

Desta forma percebe-se que houve uma ampliação das condutas que materializam os

⁹² Por 'escravidão' entende-se o exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças.

⁹³ Por 'deportação ou transferência à força de uma população' entende-se o deslocamento forçado de pessoas, através da expulsão ou outro ato coercivo, da zona em que se encontram legalmente, sem qualquer motivo reconhecido no direito internacional.

⁹⁴ Por 'tortura' entende-se o ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controle do acusado; este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legais, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionadas.

⁹⁵ Por 'gravidez à força' entende-se a privação ilegal de liberdade de uma mulher que foi engravidada à força, com o propósito de alterar a composição étnica de uma população ou de cometer outras violações graves do direito internacional. Esta definição não pode, de modo algum, ser interpretada como afetando as disposições de direito interno relativas à gravidez.

⁹⁶ Por 'perseguição' entende-se a privação intencional e grave de direitos fundamentais em violação do direito internacional, por motivos relacionados com a identidade do grupo ou da coletividade em causa.

⁹⁷ Por "desaparecimento forçado de pessoas" entende-se a detenção, a prisão ou o seqüestro de pessoas por um Estado ou uma organização política ou com a autorização, o apoio ou a concordância destes, seguidos de recusa a reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a proteção da lei por um prolongado período de tempo.

crimes contra a humanidade de Nuremberg a Roma, consideramos este processo positivo o qual diz respeito à universalização dos direitos humanos pós II Grande Guerra.

Cumpramos ressaltar que no Brasil após relevante lapso temporal pelo Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991, foi promulgada a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes⁹⁹, de 10 de dezembro de 1984, da Organização das Nações Unidas, e somente em 1997 por meio da lei nº 9455 de 07 de abril definiu no direito interno os crimes de tortura¹⁰⁰.

E que, por meio do Decreto nº 6.085, de 19 de Abril de 2007, foi promulgado o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotado em 18 de dezembro de 2002, cujo objetivo é estabelecer um sistema de visitas regulares efetuadas por órgãos nacionais e internacionais independentes a lugares onde pessoas são privadas de sua liberdade, com a intenção de prevenir a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

Neste sentido, salienta-se que a Carta Política de 1988 estatui que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (artigo 5o, III), bem como prescreve a impossibilidade de concessão de fiança, de graça ou anistia ao autor do fato (artigo 5o, XLIII).

Cabe destacar, ainda, o crime contra a humanidade por desaparecimento forçado, em razão de a conduta não estar prevista no direito interno. O Brasil subscreveu, mas não ratificou, a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, adotada pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos, em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994, a qual o define, em seu artigo 2º, como “ a privação de liberdade de uma pessoa ou mais pessoas, seja de que forma for, praticada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas que atuem com autorização, apoio ou consentimento do Estado, seguida de falta de informação ou da recusa a reconhecer a privação de liberdade ou a informar sobre

⁹⁸ Por "crime de apartheid" entende-se qualquer ato desumano análogo aos referidos acima [alíneas a) até k) supracitadas] , praticado no contexto de um regime institucionalizado de opressão e domínio sistemático de um grupo racial sobre um ou outros grupos nacionais e com a intenção de manter esse regime.

⁹⁹ Pela Convenção, o termo "tortura" designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram (artigo 1º).

¹⁰⁰ A lei nacional foi mais abrangente em sua definição, pois admite a autoria de quem não é funcionário público, nem tenha qualquer vinculação com função pública; além disso, criou modalidade específica de tortura contra pessoa presa ou sujeita a medida de segurança, entre outros aspectos ampliativos.

o paradeiro da pessoa, impedindo assim o exercício dos recursos legais e das garantias processuais pertinentes”. Há, também, documentos e mecanismos processuais relativos ao crime, no âmbito das Nações Unidas, a exemplo da Declaração das Nações Unidas sobre a Proteção de Todas as Pessoas Contra Desaparecimentos Forçados, de 1992. Assim, a internalização do Estatuto de Roma contribuirá para esta inovação no direito pátrio.

3.9.3 – CRIME DE GUERRA

Segundo Sabóia (2001, p.9) algumas das questões mais sensíveis negociadas em Roma foram relacionadas a este tema, uma vez que envolvem operações militares, inclusive a proibição do emprego de certas armas, e incluem a possibilidade da incriminação de pessoal subordinado às forças armadas. Este último aspecto suscitou muita preocupação por parte de potências com envolvimento militar global ou participação freqüente nas situações originárias de ex-colônias e ensejou árduos esforços para a busca de soluções aceitáveis.

Essa preocupação, inclusive, tornou necessária a adoção de uma disposição transitória a qual permite que um Estado que se torne Parte no Estatuto declare que durante um período de sete anos a contar da data da entrada em vigor do Estatuto no seu território, não aceite a competência do Tribunal relativamente à categoria de crimes de guerra, quando haja indícios de que um crime tenha sido praticado por nacionais seus ou no seu território. Este dispositivo será reexaminado na 1ª Conferência de Revisão prevista para ocorrer sete anos após a entrada em vigor do Estatuto (2009).

Deste modo, de acordo com o Estatuto o Tribunal terá competência para julgar os crimes de guerra, “em particular quando cometidos como parte integrante de um plano ou de uma política ou como parte de uma prática em larga escala desse tipo de crime”, ressalva esta para enfatizar seu caráter excepcional, e restringir aos casos mais graves a invocação da sua jurisdição.

Neste sentido, para efeitos de competência do Tribunal entende-se por crimes de guerra qualquer um dos seguintes atos, dirigidos contra pessoas ou bens protegidos, que configurem violações graves às Convenções de Genebra, de 12 de Agosto de 1949, a saber: homicídio doloso; tortura ou outros tratamentos desumanos, incluindo as experiências biológicas; o ato de causar intencionalmente grande sofrimento ou ofensas graves à integridade física ou à saúde; destruição ou a apropriação de bens em larga escala, quando não justificadas por quaisquer necessidades militares e executadas de forma ilegal e arbitrária; o ato de compelir um prisioneiro de guerra ou outra pessoa sob proteção a servir nas forças

armadas de uma potência inimiga; privação intencional de um prisioneiro de guerra ou de outra pessoa sob proteção do seu direito a um julgamento justo e imparcial; deportação ou transferência ilegal, ou a privação ilegal de liberdade; e a tomada de reféns.

São, também, considerados crimes de guerra outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no âmbito do direito internacional, materializados, entre outros, por um dos seguintes atos: dirigir intencionalmente ataques à população civil em geral ou civis que não participem diretamente nas hostilidades; dirigir intencionalmente ataques a bens civis, ou seja, bens que não sejam objetivos militares; dirigir intencionalmente ataques ao pessoal, instalações, material, unidades ou veículos que participem numa missão de manutenção da paz ou de assistência humanitária, de acordo com a Carta das Nações Unidas; atacar ou bombardear, por quaisquer meios, cidades, vilarejos, habitações ou edifícios que não estejam defendidos e que não sejam objetivos militares; matar ou ferir um combatente que tenha deposto armas ou que, não tendo mais meios para se defender, se tenha incondicionalmente rendido; dirigir intencionalmente ataques a edifícios consagrados ao culto religioso, à educação, às artes, às ciências ou à beneficência, monumentos históricos, hospitais e lugares onde se agrupem doentes e feridos, sempre que não se trate de objetivos militares; submeter pessoas que se encontrem sob o domínio de uma parte beligerante a mutilações físicas ou a qualquer tipo de experiências médicas ou científicas que não sejam motivadas por um tratamento médico; matar ou ferir a traição pessoas pertencentes à nação ou ao exército inimigo; declarar que não será dado quartel; obrigar os nacionais da parte inimiga a participar em operações bélicas dirigidas contra o seu próprio país, ainda que eles tenham estado ao serviço daquela parte beligerante antes do início da guerra; saquear uma cidade ou uma localidade, mesmo quando tomada de assalto; utilizar veneno ou armas envenenadas; utilizar gases asfixiantes, tóxicos ou outros gases ou qualquer líquido, material ou dispositivo análogo; utilizar balas que se expandem ou achatam facilmente no interior do corpo humano; utilizar armas, projéteis, materiais e métodos de combate que, pela sua própria natureza, causem ferimentos supérfluos ou sofrimentos desnecessários ou que surtam efeitos indiscriminados, em violação do direito internacional aplicável aos conflitos armados, cometer atos de violação, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez à força; utilizar a presença de civis ou de outras pessoas protegidas para evitar que determinados pontos, zonas ou forças militares sejam alvo de operações militares (escudo humano); provocar deliberadamente a inanição da população civil como método de guerra; recrutar ou alistar menores de 15 anos nas forças armadas nacionais ou utilizá-los para participar ativamente nas hostilidades.

Tipifica, ainda, o estatuto como crimes de guerra, em caso de conflito armado que não seja de índole internacional, as violações graves do artigo 3º comum às quatro Convenções de Genebra, cometidos contra pessoas que não participem diretamente nas hostilidades, incluindo os membros das forças armadas que tenham deposto armas e os que tenham ficado impedidos de continuar a combater devido a doença, lesões, prisão ou qualquer outro motivo (o artigo 8º, alínea c, apresenta o rol destes atos).

No que diz respeito ao direito interno Dal Maso (2006, p.159), Observador Internacional na Conferência Diplomática das Nações Unidas para estabelecimento do TPI, salienta que apesar do Brasil ter assinado e ratificado quase todos os tratados internacionais relativos ao Direito Internacional Humanitário, estes não produziram reflexos imediatos em nosso ordenamento jurídico. Neste sentido, Lorandi (2007, p.52) afirma que há uma lacuna considerável entre os compromissos internacionais e o direito interno, particularmente o Direito penal. Deste modo, boa parte dos crimes de guerra tipificados no Estatuto de Roma forma o conteúdo de antigas obrigações convencionais, que já impunham ao Brasil o dever de implementá-las na legislação interna. Neste sentido, o Brasil é signatário das quatro Convenções de Genebra de 1949 e de seus dois Protocolos Adicionais de 1977¹⁰¹, entretanto a legislação nacional relacionada aos tempos de guerra praticamente se restringe ao Direito penal militar, cujo propósito é a eficiência militar, e não a manutenção dos limites humanitários na condução das hostilidades.

Ressalta-se, ainda, que segundo Lorandi (2007, p.53) os crimes de guerra distinguem-se dos crimes militares pela diversidade de fontes e escopo, pela natureza da tutela e pelos bens jurídicos que buscam proteger. O crime militar em tempo de paz tutela as instituições militares em geral, quando não há guerra declarada; e o crime militar em tempo de guerra tutela a tropa brasileira e seus aliados no teatro de operações. Sua incidência pressupõe guerra declarada, nos termos do artigo 15 do Código Penal Militar. De acordo com a Constituição da

¹⁰¹ As quatro Convenções de Genebra, de 12 de agosto de 1949, são as seguintes: (I) Convenção I de Genebra para a Melhoria da Sorte dos Feridos e Enfermos dos Exércitos em Campanha, (II) Convenção II de Genebra Relativa à Melhoria da Sorte dos Feridos, Enfermos e Náufragos das Forças Armadas no Mar, (III) Convenção III de Genebra Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra, e (IV) Convenção IV de Genebra Relativa à Proteção das Pessoas Civis em Tempo de Guerra, todas promulgadas pelo Decreto nº 42.121, de 21 de agosto de 1957. Os dois Protocolos Adicionais, de 08 de junho de 1977, são os seguintes: (I) Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados de Caráter Internacional, e (II) Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados sem Caráter Internacional, ambos promulgados pelo Decreto nº 849, de 25 de junho de 1993.

Com respeito ao Protocolo III - Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 relativo à Adoção de Sinal Distintivo Adicional, de 08 de dezembro 2005, foi assinado pelo Brasil em 14 de março de

República de 1988, a declaração de guerra e a celebração da paz constituem competência da União (artigo 21, II), por ato do Presidente da República (artigo 84, XIX e XX), mediante autorização ou *ad referendum* do Congresso Nacional (artigo 49, II), ouvido o Conselho de Defesa Nacional (artigo 91, § 1º). Deste modo, o Direito penal militar é um ramo do Direito interno presente em todos os ordenamentos jurídicos hodiernos.

Por outro lado, prossegue a autora, os crimes de guerra têm características próprias. Sua fonte é o Direito Internacional, especificamente tratados e costumes, em parte consolidados no Estatuto de Roma. Seu âmbito é o conflito armado, internacional ou não, que é uma situação de fato a ser juridicamente aferida, e não uma situação jurídica, como a declaração formal de guerra, e, em certos casos, estende-se para além da cessação das hostilidades, por exemplo, quando subsistem vítimas sob o domínio da parte beligerante. Logo, os crimes de guerra, no tocante a seu campo de ação temporal, tanto podem conviver com o crime militar em tempo de guerra quanto com o crime militar em tempo de paz, inclusive com relação aos crimes de guerra em conflitos armados não-internacionais. Cumpre registrar que se for considerada a quantidade quase desprezível de guerras declaradas em proporção aos inúmeros conflitos armados historicamente verificados, os crimes de guerra têm uma amplitude maior do que os crimes militares em tempo de guerra. Com relação aos bens jurídicos tutelados, os crimes de guerra visam preservar pessoas e bens protegidos das hostilidades e procura consagrar uma "ética" da guerra, ao reprimir a crueldade desnecessária aos objetivos militares.

Portanto, nos alinhamos a Dal Maso (2006 p.159 e 160), para quem a implementação do Estatuto de Roma no Brasil¹⁰², no tocante à tipificação dos crimes de guerra, é mais do que uma inovação no Direito objetivo, é um resgate de suas obrigações internacionais.

3.9.4 – CRIME DE AGRESSÃO

O crime de agressão continua pendente de definição. Sabóia (2001, p.10) nos revela que a inclusão do crime de agressão no Estatuto percorreu os trabalhos do Comitê Preparatório e da própria Conferência, uma vez que este está na raiz de grande parte dos crimes mais graves cometidos contra a humanidade, entretanto dificuldades de natureza

2006, mas ainda não foi ratificado. Listagem dos Estados-Parte e dos Estados signatários está disponível em <<http://www.icrc.org/ihl.nsf/CONVPRES?OpenView>> acesso em 18 de dezembro de 2008.

¹⁰² A este respeito vide Tribunal Penal Internacional: Implementação do Estatuto de Roma no Brasil/ Adriana Lorandi (coord.). Brasília: MPM, 2007.

jurídica e política criavam barreiras praticamente insuperáveis para sua incorporação eficaz.

Cabe aqui a exposição do pensamento de Aron (1979, cap. 4) sobre esta dificuldade de se definir agressão no plano internacional, para quem o sistema internacional “é o conjunto constituído pelas unidades políticas que mantêm relações regulares entre si e que são susceptíveis de entrar numa guerra geral”¹⁰³, cuja estrutura é sempre oligopolística. Os atores principais determinam, em cada época, como deve ser o sistema, muito mais do que são determinados por ele. Basta, assim, uma transformação do regime dentro de uma das potências principais para que mude o estilo e até mesmo o rumo das relações internacionais.

Para o autor a característica principal de um sistema internacional é a configuração da relação de forças. Para explicar o que entende como configuração de forças, ele compara duas configurações típicas: a multipolar e a bipolar. Na multipolar a rivalidade diplomática se desenvolve entre certo número de unidades políticas, que pertencem à mesma classe. Diversas combinações de equilíbrio são possíveis: as reversões de alianças são normais no processo diplomático. No segundo caso, duas unidades políticas principais ultrapassam todas as outras em importância, de tal forma que o equilíbrio geral do sistema só é possível com duas coalizões; todos os demais Estados, pequenos ou grandes, ficam obrigados a aderir a um dos dois campos.

Para Aron o comportamento externo dos Estados não é ordenado exclusivamente pela relação de forças, pois as idéias e os sentimentos influenciam as decisões dos atores internacionais. Assim sistemas homogêneos são aqueles que reúnem Estados do mesmo tipo, dentro de uma mesma concepção política. Sistemas heterogêneos são os que congregam Estados organizados segundo princípios diferentes, postulando valores contraditórios. Dentro deste contexto, um sistema homogêneo parece estável porque é previsível, enquanto a heterogeneidade traz imprevisibilidade e instabilidade.

Assim os sistemas internacionais são o aspecto interestatal da sociedade à qual pertencem as populações submetidas a soberanias distintas, onde a sociedade transnacional manifesta-se pelo intercâmbio comercial, pela mobilidade das pessoas, pelas crenças comuns, entre outras relações que comungam.

Neste contexto, destaca este pensador francês o dilema que se deparam juristas e filósofos sobre legalizar a guerra ou pô-la fora da lei, bem como os obstáculos relacionados ao reconhecimento e a definição de agressão.

¹⁰³ ARON, Raymond. Paz e Guerra entre as nações. Ed. UnB, 1979. p. 153.

Assim resume Aron “num sistema homogêneo é impossível definir agressão por que o recurso à força (ou a ameaça do uso da força) está ligado intrinsecamente às relações entre Estados independentes”. E “num sistema heterogêneo esta definição é impossível porque os regimes que se opõem vivem atacando-se permanentemente e cometem, com a consciência tranqüila, o ‘crime’ da agressão indireta ou ideológica”. (1979, p.185/186).

Deste modo, não existe até hoje, apesar dos esforços desenvolvidos pela CDI e por outros órgãos, uma definição de agressão suficientemente abrangente e que sirva como elemento constitutivo de responsabilidade individual, e não apenas da responsabilidade do Estado. Discorre o Chefe da Delegação Brasileira que tentativas de definição ensaiadas durante a conferência, como a de vincular o ato de agressão exclusivamente às ações que resultassem em anexação ou ocupação do território de um Estado, apresentavam o inconveniente de restringir excessivamente o conceito de agressão.

Vinculada a esta questão, e igualmente relevante, está o fato de que a Carta da ONU não definiu juridicamente agressão, deixando ao Conselho de Segurança a responsabilidade de decidir, no caso concreto, quando está configurada uma situação de agressão, ameaça à paz ou ruptura da paz internacional (capítulo VII da Carta de 1945). Obviamente, dada a composição e características do Conselho de Segurança, essa decisão se toma no plano político. Deste modo, buscar uma definição que não gerasse contradições ou conflitos entre o TPI e o Conselho de Segurança mostrou-se tarefa que por ocasião da conferência logrou êxito.

Aponta, ainda, que uma possível solução teria sido aceitar essa realidade e vincular a figura do crime de agressão ao exame prévio, pelo Conselho de Segurança, da existência de uma situação de agressão. Essa hipótese, entretanto, não era aceitável para um grupo de Estados, ao subordinar o TPI, nesta matéria, ao Conselho de Segurança.

A solução encontrada foi incluir o crime de agressão no rol dos crimes sob a jurisdição do Tribunal (artigo 5º), mas condicionar a sua competência em relação a este tipo penal à aprovação de uma emenda ao Estatuto na qual se defina o crime e se enuncie as condições que este terá competência. Tal emenda deve ser compatível com as disposições pertinentes da Carta das Nações Unidas. Conforme mencionado, há um Grupo de Trabalho, em pleno funcionamento, no Tribunal com esta tarefa. Também está previsto que sete anos após a entrada em vigor do Estatuto, o Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas convoque uma Conferência de Revisão para examinar qualquer alteração ao Estatuto, o que

deve ocorrer neste ano (2009). A revisão poderá incidir nomeadamente, mas não exclusivamente, sobre a lista de crimes que figura no artigo 5º do Estatuto.

Passados em revista as principais características da competência material do Tribunal, cerne de todo Estatuto, podemos contextualizar e compreender as reflexões de Flávia Piovesan (2002), para quem a relevância histórica deste Tribunal deve ser ressaltada, pois sua mera existência, como destacou, terá o condão de limitar o darwinismo no campo das relações internacionais, onde prevalece a lei dos Estados mais fortes em face das Nações mais vulneráveis. Nesta mesma corrente, de acordo com Lewandowski (2002, p.195), a maior contribuição que a nova Corte poderá dar para consolidar a paz, a segurança e o respeito aos direitos humanos no mundo, será fazer com que ele transite de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade.

Em que pese o posicionamento ‘idealista’ dos dois autores supramencionados, estamos diante de um evento ímpar para a ordem internacional e de alta relevância para seus componentes, os Estados soberanos. Apresenta-se, no próximo capítulo, uma análise sintética do advento de uma jurisdição penal internacional sob a ótica da dimensão política, relativa à soberania dos Estados.

4.0 - CONSIDERAÇÕES SOBRE SOBERANIA

4.1 – ASPECTOS CONCEITUAIS

Neste item abordaremos os conceitos de alguns estudiosos deste tema, onde sobressalta a diversidade de interpretações e de apropriações sobre esta complexa questão.

Ferrajoli (2002, p.2-3) ao discorrer sobre o tema em sua obra “A soberania no mundo moderno” o faz dentro de três prismas, denominados por ele de três aporias na idéia de soberania¹⁰⁴. A primeira aporia diz respeito ao significado filosófico-jurídico da idéia de soberania. Aponta o autor que como categoria filosófico-jurídica, a soberania é uma construção de matriz jusnaturalista, que tem servido de base à concepção juspositivista do Estado e ao paradigma do direito internacional moderno. Assim salienta que esta sempre foi uma metáfora de cunho absolutista, desde a idéia da soberania como atributo do príncipe às concepções jacobinas, organicistas e democráticas antes da soberania nacional e depois da soberania popular, até a doutrina juspublicista, vigente no século XIX, do Estado-pessoa e da soberania como atributo (ou elemento constituinte) do Estado.

A segunda aporia diz respeito à história, teórica e, sobretudo prática, da idéia de soberania como *suprema potestas superiorem non recognoscens*¹⁰⁵. Esta abordagem corresponde a dois eventos paralelos e divergentes: primeiramente da soberania interna, que é

¹⁰⁴ A palavra “soberania” gerada pela palavra “superior” na forma *superiorem non recognoscens*, “que não reconhece outro acima de si” (transformada primeiramente no vulgar *superanus*, depois no francês *souverain*, no italiano *sovano* e no português soberano) – encontra-se utilizada já no século XIII, nos *Livres des coutumes et des usages de Beauvoisis* (Livros dos costumes e dos usos de Beauvoisis), do feudalista francês Beaumanoir: “*chacuns barons est souverain en sa baronie*” (cada barão é soberano em seu baronato); “*le rois est souverains par dessus tous*” (o rei é soberano acima de todos) (cit. por R. W. e A. J. Carlyle, *Il pensiero politico medioevale* (O pensamento político medieval) (1903-1936), vol. II, trad. italiana de S. Cotta, Laterza, Bari, 1959, p. 100. Remonta à mesma época a conhecida fórmula “*rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator*” (o rei, não reconhecendo ninguém acima de si, é imperador em seu reino), cujas origens foram encontradas por Calasso Proemio de Marino da Caramanico, escrito entre as décadas de 70 e 80 do século XIII. (Ferrajoli, nota 1, op.cit., p.66).

a história de sua progressiva limitação paralelamente à formação dos Estados constitucionais e democráticos de direito; e o segundo evento da soberania externa que é a história de sua progressiva absolutização que alcançou seu ápice na primeira metade do século XX com as catástrofes das duas guerras mundiais.

A terceira aporia aborda à consistência e a legitimidade conceitual da idéia de soberania do ponto de vista da teoria do direito. A tese que Ferrajoli defende é aquela de uma antinomia irreduzível entre soberania e direito: uma antinomia não apenas no plano do direito interno, em que a soberania contrasta com o Estado de direito e com a sujeição de qualquer poder à lei, mas também no plano do direito internacional, em que esta já é contrariada pelas cartas constitucionais internacionais hodiernas e, em particular, pela Carta da ONU de 1945 e pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Assim, o autor, defende que o Estado nacional passa por uma crise e por meio destes três aspectos – filosófico-jurídico, filosófico-político e de teoria do direito – da soberania nos convida para uma reflexão sobre esta mudança de conceituação¹⁰⁶, no sentido de sua completa mitigação ou mesmo dissolução.

Para compreender esta concepção ferrajoliana uma das chaves é buscar entendê-lo com um árduo defensor de um constitucionalismo mundial, com uma visão programática (um norte a seguir), onde o *totus orbis* (a comunidade internacional) é um dos valores mais elevados. Assim, podemos dialogar com o autor e então temperar seus conceitos à luz de outras percepções sobre o tema. Deste modo, embora reconheçamos o valor desta ‘utopia’ ferrajoliana, percebemos que a soberania, como princípio ou fundamento do Estado, ainda está muito distante de sua ‘sua completa mitigação ou mesmo dissolução’.

Para Paulo Bonavides (2001, p.122-133), considerável número de estudiosos de direito público percebem a soberania como um conceito histórico e relativo; histórico, em virtude da antigüidade o ter desconhecido em suas formas de organização política, sendo que seu conceito surge apenas com o advento do Estado moderno e relativo, porque raro o autor que hodiernamente, após os exaustivos trabalhos de Jellinek ainda se ocupa da soberania como um dado essencial constitutivo do Estado. Há Estados soberanos e Estados não soberanos. Sob a

¹⁰⁵ Poder supremo que não reconhece outro acima de si (tradução livre).

¹⁰⁶ Neste mesmo sentido, Kelsen escreve na conclusão de seu ensaio sobre a soberania em 1920 :“O conceito de soberania deve ser radicalmente mudado. É esta revolução da consciência cultural da qual necessitamos em primeiro lugar”. (H Kelsen, *Il problema de la sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto* (O problema da soberania e a teoria do direito internacional. Contribuição para uma doutrina pura do direito), 1920, trad. italiana de A. Carrino, Giuffrè, Milão, 1989, p. 469. Ferrajoli, nota 2, op.cit., p.66).

ótica externa, a soberania é apenas uma qualidade do poder, que o ente estatal pode ou não ostentar. Sob a ótica interna, a soberania como conceito jurídico e social, se apresenta menos controversa, uma vez que é da essência do ordenamento estatal uma superioridade e supremacia – *a suprema potestas* – a qual já resume o conceito de soberania, e se traduz na noção de que o Estado se sobrepõe de modo incontestável aos demais poderes sociais, que lhe ficam subordinados, possuindo, portanto, um papel privilegiado e o monopólio da coação legítima na sociedade.

Segundo o mesmo autor, no medievo houve duas forças que se digladiavam: o poder temporal e o poder espiritual, a coroa e a igreja, ambas querendo o lugar mais alto no pódio. Nesta mesma linha, Kritsch (2002, p.93 e seguintes) aponta que o Papado e o Império incentivaram seus respectivos defensores a buscar novas armas em campos variados do saber, particularmente destaca o direito como campo privilegiado deste embate. Assim, *Regnum e Sacerdotium* compuseram esta arena, na qual por meio de decretos e bulas os problemas foram se delineando e a idéia de soberania se construindo.

Neste contexto, o princípio da soberania começa a exprimir a superioridade de um poder, livre de qualquer traço de subordinação. Por soberania compreendia-se o mais alto poder, a *supremitas*, que já constava na linguagem latina da Idade Média. Contribuições relevantes foram efetuadas por São Tomás de Aquino e Guilherme de Ockham, entre outros, durante este período que propiciaram as condições para que uma teoria mais elaborada como a de Bodin emergisse no séc. XVI, tendo sido a França um palco importante no surgimento deste conceito, a expressão *souveraineté* (soberania) é francesa.

Bodin, grande teórico do tema, foi profundamente marcado pela realidade histórica de sua pátria, repleta de lutas pela consolidação do poder do rei, e deste modo, passou a considerar essencial somar ao conceito de Estado o de soberania. Neste sentido, ao definir a República na acepção de Estado, Bodin fez da soberania seu elemento inseparável: “*République est un droit gouvernement de plusieurs menages et de ce qui leur est commun avec puissance souveraine*”, a saber: “a República é o justo governo de muitas famílias, e do que lhes é comum, com poder soberano”¹⁰⁷.

Vattel (2004, p.16), contemporâneo de Rousseau, em sua célebre obra, “O Direito das Gentes”, entende que “A Nação ou o Estado é um organismo político, ou uma sociedade de homens unidos em conjunto, com forças solidárias, para o fim de buscar vantagem e segurança próprias” e neste sentido, prossegue o autor “pelo fato de que esses homens

¹⁰⁷ Cf nota 1 de Bonavides, Paulo. Ciência Política. 10a edição. São Paulo : Malheiros Editores, 2001, Cap. 9, pg 125.

formam uma sociedade que tem interesses comuns e deve agir em harmonia, necessário é que ela constitua uma autoridade pública que determine e oriente o que cada qual deve fazer em relação ao fim dessa associação”. Para então concluir “essa autoridade pública é a soberania, e aquele ou aqueles que a possuem são o soberano”.

Sublinha, então, Bonavides que a soberania se converte, conseqüentemente, num conceito polêmico, uma vez que partindo da premissa de Bodin, segundo a qual não há Estado sem soberania, os estudiosos de direito público, em consonância com tal ponto de vista, deixam de tratá-la como categoria histórica e passam a reputá-la categoria absoluta, dogma do direito público, o que é falso, segundo a conclusão da doutrina dominante desde Jellinek aos dias presentes.

Leon Duguit (1924, p. 130 e seguintes) ao discorrer sobre o tema, aponta que discorda de alguns autores, particularmente dos publicistas alemães, que fazem distinção entre o poder público e a soberania, e que designam por soberania certos aspectos e manifestações do poder público. Para este pensador francês soberania, poder estatal, poder público, autoridade política são expressões sinônimas.

Duguit esclarece que ao conceituar soberania busca apenas sua noção em uma determinada época e não definir soberania como fato social. Assim busca em seus estudos entender qual a natureza da soberania nacional que foi proclamada como princípio no fim do século XVIII (1789). Neste ano, para o autor francês, a teoria da soberania alcançou seu máximo desenvolvimento, tendo sido sua elaboração bastante longa, e se fez pela combinação de elementos de diversas origens.. Assim houve contribuições do *imperium* romano, a instituição do senhor feudal, as teorias romanas e feudais a respeito da propriedade e do *dominium* as doutrinas teológicas do século XIII, as doutrinas dos escritores protestantes da segunda metade do século XVI, e ainda as doutrinas dos filósofos e dos enciclopedistas do século XVIII, os quais propiciaram a construção de uma teoria cujas leis obedecem a rigorosa lógica, entretanto, seu fundamento, para Duguit, possui escassa consistência.

Para o jurista francês soberania é uma vontade, ponto fundamental desta doutrina. Aponta que toda vontade é uma energia em estado potencial, mas em dado momento esta energia voluntária pode passar para o estado de ação, então se diz que há um ato de vontade. Assim discorre sobre o impulso necessário para se passar de um estado a outro. Ressalta que a vontade soberana foi definida por juristas alemães, com muita propriedade, definição esta que não se encontra nos juristas franceses, nem nas constituições francesas do período da revolução, a saber: uma vontade que tem a competência da sua competência, ou seja, uma

vontade que determina ela mesma a extensão da sua ação, o que pode fazer e o que deve fazer, o que não pode fazer o que não deve fazer. Ou uma definição equivalente: a soberania é a vontade que jamais é determinada senão por si mesma. Assim a soberania é ilimitada, ou absoluta, pois de outro modo dependeria de outra vontade que a limitaria, e por conseguinte, deixaria de se auto-determinar. Embora discorde deste conceito, Duguit reconhece que esta foi uma construção metafísica formal e lógica que teve impactos significativos desde então, mas que está em transição e que deve desaparecer.

Deste conceito decorre que a relação entre soberano e os súditos é uma relação de mando e não uma relação contratual; há sempre o superior e seus subordinados. Uma sociedade assim constituída é sempre uma sociedade desigual, pois se compõe de pessoas que estão em situações distintas, cujas vontades têm características e poderes diferentes. Doutrina esta que Duguit julga perigosa, pois conduz a uma política absolutista no interior do seu território e a uma política de rapina e de violência no seu exterior. Outra característica que deriva deste conceito de soberania é que a sua unidade e sua indivisibilidade, conforme estatuído no artigo 1º do preâmbulo do título III da constituição francesa de 1791. Para o autor esta característica não se coaduna com o Estado Federal, onde um indivíduo pode estar subordinado a duas vontades soberanas: a federal e a do Estado-membro, assim este é um problema insolúvel e para ele demonstra claramente a artificialidade e irrealidade desta doutrina da soberania. Assim este jurista francês defende a solidariedade social como fundamento da organização política e rechaça a idéia de Estado soberano, doutrina esta incompatível com a liberdade inerente a cada indivíduo, assim soberania como poder de mando se converte em capacidade de servir (serviço público) e a liberdade se transforma de um suposto direito em um dever.

Ao conceituar soberania Jellinek¹⁰⁸, o qual se alinha a corrente majoritária da doutrina contemporânea¹⁰⁹, se coloca a igual distância de Bodin e Duguit, este busca eliminar o conceito de soberania da teoria do Estado e aquele o faz seu elemento constitutivo, senão, vejamos: “capacidade do Estado a uma autovinculação e autodeterminação jurídica exclusiva” (apud Bonavides, 2001, p.125), atenuando assim a concepção bodiana de poder absoluto, ilimitado, incontrastável (limitada apenas pelo direito natural).

A este respeito há uma interessante discussão entre Umberto Campagnolo e Hans

¹⁰⁸ G, Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3ª ed., p. 495.

¹⁰⁹ Para esta corrente doutrinária a soberania é dado histórico e representa apenas determinada qualidade do poder do Estado, qualidade esta que não elemento essencial do conceito do Estado. Assim pode haver Estados com ou sem soberania. (Bonavides, op.cit., p. 125).

Kelsen, na obra “Direito Internacional e Estado Soberano”¹¹⁰. Campagnolo define a soberania do Estado como “autoridade absoluta em relação a certos sujeitos” ou como “verdadeira onipotência” e para Kelsen estas definições já incorporam contradições, pois para ele uma autoridade não pode ser absoluta se somente o é em relação a determinados sujeitos, nem há “onipotência” se esta é limitada somente aos súditos do próprio Estado. Assim, para Kelsen, este conceito de soberania proposto por Campagnolo pressupõe claramente a unicidade do Estado (2002, p.121-122).

Campagnolo, então, salienta que esta “certa contradição” apontada por Kelsen é fruto do seu entendimento sobre o Estado. Este o percebe, segundo Campagnolo, como um indivíduo que existe em si mesmo e para si mesmo, o qual se constitui no objeto de observação do estudioso que tenta compreendê-lo e defini-lo. Ele, ao contrário, entende o Estado como um objeto que existe apenas na experiência, ou seja, na sua relação com o sujeito. Assim sublinha que quando afirma a objetividade ou a realidade da soberania, pretende apenas ressaltar que a soberania é o objeto de uma efetiva experiência humana. Assim enfatiza Campagnolo (2002, p.162) que sua definição de soberania “é a definição do objeto considerado nesta experiência do homem, e não de um objeto existente no seu exterior, em si mesmo e por si mesmo ‘cientificamente objetivo’”. Afirma, ainda, que o mesmo raciocínio vale para aos demais conceitos conexos ao de soberania, particularmente para as noções de direito e Estado.

Talvez uma chave para entender esta discussão entre estes dois estudiosos seja percebê-los com distintas posições sobre a teoria do conhecimento, um com ênfase na filosofia do objeto (Kelsen) e o outro deslocando este eixo, na mesma linha de Kant, com ênfase na filosofia do sujeito (Campagnolo).

Deste modo, Campagnolo também defende a tese que a soberania não é um elemento da sociedade política considerado sob o ponto de vista científico, e sim soberania é o termo que designa a específica relação de autoridade entre o direito (ou o Estado) e o indivíduo enquanto seu súdito. Assim, argumenta que se o Estado pode pedir o sacrifício da vida a seus cidadãos (e que em determinadas situações isto efetivamente ocorra), então, isto prova que o ser humano, do ponto de vista individual, reconhece por sua natureza o Estado como soberano.

¹¹⁰ Obra publicada em razão das discussões proporcionadas pela defesa da Tese de Doutorado de Umberto Campagnolo, ex-aluno de Kelsen. Nesta tese Campagnolo, entre outros aspectos, tece críticas a determinados conceitos propostos por Kelsen. Por sua vez Kelsen, membro da banca examinadora, faz por escrito duras críticas a Campagnolo, o qual, então, as responde (ou seja temos extratos do texto original de Campagnolo, a réplica de Kelsen e a tréplica de Campagnolo).

Para Campagnolo, Kelsen nega não somente que o Estado seja soberano, mas também a própria experiência estatal ou jurídica. Assim Campagnolo aponta que para Kelsen o Estado soberano é somente uma ideologia, a ideologia dos governos totalitários. E não percebe de modo algum a intrínseca relação entre a idéia de Estado e a idéia de soberania. Entretanto, salienta Campagnolo que Kelsen reconhece como soberano o ordenamento jurídico, no qual o direito internacional ocupa o ápice, do qual decorre o fundamento de validade dos demais ordenamentos estatais. Neste sentido, para Campagnolo a experiência concreta do direito internacional não pode ser definida como mais soberana do que aquela do direito interno¹¹¹, como também a lei dos Estados totalitários não parece a seus súditos mais soberana do que a lei dos Estados liberais. Neste último ponto não nos perfilamos a esta concepção de Campagnolo uma vez que a violação do direito positivo em Estados totalitários e em Estados liberais pode ter conseqüências muito distintas para o indivíduo (penas completamente diferentes), indivíduo este, que no nosso entender, pode ter percepções diferentes com relação a esta 'soberania'. Sublinha-se que para Kelsen o direito internacional tem primazia sobre o direito nacional e para Campagnolo, não, pelo contrário, o direito internacional somente pode ser aplicado internamente se recepcionado pelo direito nacional.

Campagnolo sublinha ainda que em sua tese demonstrou não ser possível separar a idéia de soberania da idéia de Estado e de direito e que Kelsen o fazendo não consegue oferecer um conceito científico de Estado, definindo-o como uma norma consuetudinária do direito internacional.

Depreende-se desta discussão que conceituar soberania é tarefa complexa e que as tentativas de definição sempre foram impactadas pelo contexto histórico do estudioso em questão, e que ainda hoje tem suscitado distintas interpretações e, portanto, diferentes correntes doutrinárias. Cumpre ressaltar que este debate entre Kelsen e Campagnolo se desenrolou nos anos antecedentes a Segunda Guerra Mundial (1939-1945). Cabe lembrar que a discussão não se dava apenas no plano teórico uma vez que naqueles anos, violando o direito internacional, a Alemanha tinha invadido a Polônia, a Tchecoslováquia e a Áustria, pátria de Kelsen.

Além desta multifacetada conceituação, outro dilema se impõe a este conceito, o qual diz respeito a sede do poder soberano, se a soberania é do rei, da nação, do povo ou de uma

¹¹¹ A este respeito durante muito tempo houve discussões doutrinárias entre monistas e dualistas a respeito preponderância ou não do direito internacional sobre o direito estatal, a qual pode ser encontrada nos livros clássicos de direito internacional, como por exemplo, no Cap 4, I Vol., da obra Curso de Direito Internacional Público, de Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

classe na sociedade, sendo que determinados autores, como Duguit¹¹², reputam insolúvel o problema de se saber quem é o sujeito do direito de soberania, sendo esta expressão utilizada ora para designar determinada propriedade do Estado nas suas relações com outros sujeitos da ordem jurídica, ora a posição jurídica de certas pessoas no Estado (Bonavides, 2001, p.127).

De forma bastante distinta e contundente, Carl Schmitt¹¹³ (2001, p.23) desenvolve sua teoria, assim “é soberano quem decide o estado de exceção”. Heller¹¹⁴ (apud Aguilar¹¹⁵, 2001, p.12-13) em um ensaio sobre o tema, analisa as três proposições fundamentais do decisionismo de Schmitt:

1. A decisão é o principal acontecimento político.
2. A soberania descansa no poder definitivo da decisão.
3. O poder de decisão sobre e durante o estado de emergência é a manifestação definitiva da soberania.

É a partir do exame da forma e do conteúdo destas teses que se pode entender porque Schmitt tem sido considerado e estudado como um teólogo da política. Ele buscou de modo programático fazer do léxico político um vocabulário teológico. Por consequência sua teoria é um ‘credo’ e suas noções são ‘dogmas’. O monarca criado a imagem e semelhança de Deus, é a causa perfeita da soberania, o estado de exceção é para o direito o que o milagre é para a teologia. (Aguilar¹¹⁶, 2001, prólogo). Assim, para o pensador alemão ‘todos os conceitos significativos da moderna teoria do Estado são conceitos teológicos secularizados’. (Schmitt, 2001, p. 43).

Para Schmitt (2001, p.23), sua definição é a única que lhe faz justiça ao conceito de soberania como conceito limite, como conceito extremo, onde o ‘estado de exceção’ é um conceito geral da teoria do Estado e não um decreto de emergência nem um estado de sítio qualquer. Para o pensador, quer seja o representante de Deus na terra, ou o imperador, ou ainda, o governante ou o povo, aquele que seja capaz de atuar sem objeção alguma, a pergunta gira sempre em torno do sujeito da soberania, ou seja, da aplicação do conceito a uma situação concreta.

¹¹² Georg Meyer, *Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts*, 3ª ed., p.15.

¹¹³ Em que pese as críticas de sua filiação nacional-socialista e a sustentação teórica que proporcionou ao Estado hitleriano, sua leitura contribui para a discussão sobre o tema em análise. As referências efetuadas a Carl Schmitt são as da coletânea Carl Schmitt, Teólogo de La Política. Prólogo y selección de textos de Héctor Orestes Aguilar. México:Fondo de Cultura Económica.2001.

¹¹⁴ Agnes Heller. “La decisión, cuestión de voluntad o de elección”, en Zona Abierta, nº 53, Madrid, octubre-diciembre de 1989, p.149-161.

¹¹⁵ Aguilar, Héctor Orestes. Carl Schmitt, Teólogo de La Política. Prólogo y selección de textos. México:Fondo de Cultura Económica.2001.

¹¹⁶ Aguilar, op.cit.

Assim para Schmitt nem toda faculdade extraordinária, nem qualquer medida policiaesca ou decreto de emergência equivale automaticamente a um estado de exceção. Para que este se requer uma faculdade a princípio ilimitada, ou seja, a suspensão da ordem jurídica vigente em sua totalidade. Se isto acontece, o Estado segue existindo, mas o direito passou para um segundo plano. O estado de exceção, desta forma, é distinto da anarquia e do caos, pois ainda subsiste uma ordem, mas não se trata de uma ordem jurídica. A existência do Estado demonstra, nesta situação, uma indubitável superioridade sobre a norma jurídica. A decisão se libera de toda obrigação normativa e se torna absoluta no sentido literal da palavra. No caso de exceção, o Estado suspende o direito em virtude de um direito de autopreservação. Assim, é o soberano quem decide se o estado que se apresenta naquele momento é de normalidade ou de exceção. Esta manifestação é da essência da soberania estatal, cuja definição jurídica não é o monopólio da coerção ou do domínio e sim o monopólio da decisão. (2001, p. 27-28).

Sob enfoque distinto, didaticamente, Bonavides (2001, p.127-133), divide as doutrinas sobre soberania em teocráticas e democráticas. Aquelas se subdividem em doutrina da natureza divina dos governantes, da investidura divina e da investidura providencial e estas em doutrina da soberania popular e da soberania nacional. Abordaremos brevemente estas doutrinas democráticas. A doutrina da soberania popular, desenvolvida inicialmente por Hobbes¹¹⁷ em sua teoria contratualista, foi assim denominada por derivar da vontade popular o poder monárquico. Posteriormente, Rousseau (2002, livro III), autor do “Contrato Social”, obra que provocaria significativos impactos nos ideais democráticos ulteriores, afirma:

Suponhamos seja o Estado composto de dez mil cidadãos. O soberano não deve ser considerado senão coletivamente e em corpo. Cada partícula; porém, na qualidade de vassalo, é considerado como indivíduo. Assim, o soberano está para o vassalo na proporção de dez mil para um, isto é, cada membro do Estado possui a décima milésima parte da autoridade soberana, embora esteja todo inteiro a ela submetido.

Já a doutrina da soberania nacional advém como contraposição a posição rousseuniana, e da preocupação dos publicistas da primeira fase da Revolução Francesa

¹¹⁷ Para Hobbes o poder do Estado era absoluto: “É nele que consiste a essência do Estado, a qual pode ser assim definida: Uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por cada um como autora, de modo que ela pode usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum. Aquele que é portador dessa pessoa se chama soberano, e dele se diz que possui poder soberano. Todos os restantes são súditos” (HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Tradução de João P. Monteiro e Maria B. N. da

(1789-1791) com os desdobramentos desta teoria, deste modo buscaram uma solução jurídica, política e social a este conceito o qual se encontra estatuído no artigo 3º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “O princípio de toda a soberania reside essencialmente na Nação. Nenhuma corporação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que aquela não emane expressamente”¹¹⁸, bem como no artigo 1º do Título III da Constituição Francesa de 1791, “ A Soberania é una, indivisível, inalienável e imprescritível. Ela pertence à Nação e nenhuma parte do povo nem indivíduo algum pode atribuir-se o exercício”¹¹⁹, desde então estas duas doutrinas democráticas vem, como todo conceito de ciência política sendo depurados e revisados. Veremos oportunamente ainda neste capítulo que a soberania está positivada na Constituição Brasileira de 1988 a qual apresenta características destas duas doutrinas.

Passados em revista estas considerações sobre a construção deste conceito, vejamos então, sua interpretação atual à luz dos direitos humanos.

4.2 – INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Efetuada este breve intróito sobre as diferentes abordagens do conceito de soberania, nesta pesquisa busca-se apreendê-lo com base no movimento de internacionalização dos direitos humanos. Este processo vem transformando a noção tradicional de soberania absoluta do Estado a qual era uma característica da ordem estatal vestefaliana¹²⁰. Este conceito passa a sofrer um processo de relativização e flexibilização nesta nova ordem que vem sendo construída. A possibilidade de realização de direitos humanos, onde a universalidade incorpore a diversidade, prescinde da existência de uma soberania flexibilizada. Corolário deste processo é que todos os indivíduos passam a possuir duplo grau de proteção: um interno garantido pelo Estado ao qual pertence e outro no âmbito internacional. Portanto, o processo de consolidação do indivíduo como sujeito de direitos no plano internacional se concretiza concomitantemente com o gradual fortalecimento do direito internacional.

Silva. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural. 1979. p.106).

¹¹⁸ Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Disponível em:

<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/legislacao-pfdc/docs_declaracoes/declar_dir_homem_cidadao.pdf>

¹¹⁹ Constituição Francesa de 1791. Disponível em: <<http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/const91.PDF>>

¹²⁰ A assinatura do Tratado de Vestefália em 1648 pôs fim a Guerra dos Trinta Anos e marca o fim de uma era e o início de outra em matéria de política internacional, com acentuada influência sobre o direito internacional, que estava em seus primórdios. Esse tratado acolheu muitos ensinamentos de Hugo Grocio, surgindo daí o direito internacional tal como o conhecemos hoje em dia. (ACCIOLY, Hildebrando e do Nascimento e Silva, G.E. Manual de Direito Internacional Público. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.10.).

Sobre este assunto, o ex- Secretário Geral das Nações Unidas, 1992-1996, Boutros Boutros-Ghali¹²¹ (Egito) na defesa do direito internacional dos direitos humanos, expressou sua convicção:

Ainda que o respeito pela soberania e integridade do Estado seja uma questão central, é inegável que a antiga doutrina da soberania exclusiva e absoluta não mais se aplica e que esta soberania jamais foi absoluta, como era então concebida teoricamente. Uma das maiores exigências intelectuais de nosso tempo é a de repensar a questão da soberania [...]. Enfatizar os direitos dos indivíduos e os direitos dos povos é uma dimensão da soberania universal, que reside em toda a humanidade e que permite aos povos um envolvimento legítimo em questões que afetam o mundo como um todo. É um movimento que, cada vez mais, encontra expressão na gradual expansão do Direito Internacional (apud Mazzuoli, 2005, p. 334).

Posicionamento também manifestado por seu sucessor Kofi Annan¹²²

For nearly half a century -- almost as long as the United Nations has been in existence -- the General Assembly has recognized the need to establish such a court to prosecute and punish persons responsible for crimes such as genocide. Many thought . . . that the horrors of the Second World War -- the camps, the cruelty, the exterminations, the Holocaust -- could never happen again. And yet they have. In Cambodia, in Bosnia and Herzegovina, in Rwanda. Our time -- this decade even -- has shown us that man's capacity for evil knows no limits. Genocide . . . is now a word of our time, too, a heinous reality that calls for a historic response.¹²³

Neste sentido, de acordo com Lafer (1995, passim), os direitos humanos são, portanto, parte da chamada agenda global das relações internacionais. Talvez o mais relevante nesta idéia é que o sentido de humanidade passa a ser o princípio regulador de toda a comunidade mundial e representa a constituição e a institucionalização do comum em um auditório universal perante o qual se argumenta a legitimidade das condutas internas e internacionais das soberanias. Os direitos humanos, deste modo, expressam o reconhecimento axiológico do ser humano como fim e não meio; tendo direito a um espaço no mundo; um mundo que

¹²¹ B. Boutros-Ghali, "Empowering the United Nations". In: Foreign Affairs, v. 89, 1992/1993, p. 98-99.

¹²² Kofi Annan, disponível em <<http://untreaty.un.org/cod/icc/general/overview.htm>> acesso em fev/08.

¹²³ "Durante quase meio século - quase tanto tempo quanto as Nações Unidas tem de existência - a Assembléia Geral reconhece a necessidade de estabelecer um tribunal para processar e punir os responsáveis por crimes como o genocídio. Muitos pensaram... que os horrores da Segunda Guerra Mundial - os campos, a crueldade, os extermínios, o Holocausto - nunca poderia acontecer de novo. E, no entanto eles têm acontecido. No Camboja, na Bósnia-Herzegovina, em Ruanda. Nosso tempo - esta década mesmo - mostrou-nos que a capacidade do homem para o mal não conhece limites. Genocídio... agora é uma palavra do nosso tempo, também, uma abominável realidade que apela a uma resposta histórica" (tradução nossa).

encontra um terreno comum entre a Ética e a Política por meio da associação convergentes de três grandes temas: direitos humanos e democracia no plano interno e paz no plano internacional.

Na mesma linha de pensamento de Lafer, de acordo com Chayes e Chayes¹²⁴, (1995, p. 27) a soberania não pode mais consistir na liberdade dos Estados de atuarem independentemente e de modo singular à luz dos seus interesses. A soberania deve, então, consistir na cooperação internacional para se alcançar objetivos comuns. Um novo conceito de soberania, segundo Chayes e Chayes, aponta não para a existência de um Estado isolado, mas sim como membro da comunidade e do sistema internacional. Deste modo, a única forma que a maioria dos Estados podem expressar e realizar a sua soberania é por meio da participação em diversos regimes que regulam e ordenam o sistema internacional.

Nesta mesma corrente de pensamento Cançado Trindade (1993, p. 43), ressaltou que:

O desenvolvimento histórico da proteção internacional dos direitos humanos gradualmente superou barreiras do passado, compreendeu-se pouco a pouco que a proteção dos direitos básicos da pessoa humana não se esgota, como não poderia esgotar-se na atuação do Estado, na pretensa e indemonstrável 'competência nacional exclusiva'. Esta última (equiparável ao 'domínio reservado do Estado') afigura-se como um reflexo, manifestação ou particularização da própria noção de soberania, inteiramente inadequada ao plano das relações internacionais, porquanto originalmente concebida, tendo em mente o Estado *in abstracto* (e não em suas relações com outros Estados), e como expressão de um poder interno, de uma supremacia própria de um ordenamento de subordinação, claramente distinta do ordenamento internacional, de coordenação e cooperação, em que todos os Estados são, ademais de independentes, juridicamente iguais. Nos dias de hoje não há como sustentar que a proteção dos direitos humanos cairia sob o domínio reservado dos Estados, como pretendiam certos círculos há cerca de três ou quatro décadas atrás¹²⁵.

Deste modo, percebe-se como legítima a preocupação de atores estatais e não-estatais, em especial das organizações não-governamentais com respeito à construção da democracia, do espaço público e da solidariedade, cujo caminho deve ser o da tolerância para a realização dos direitos humanos. A rede de proteção dos direitos humanos busca a todo tempo ampliar a jurisdição internacional e redefinir as matérias que são de exclusiva competência doméstica dos Estados. A Coalizão Internacional para o Estabelecimento de um Tribunal Penal

¹²⁴ Abram Chayes e Antonia H. Chayes, autores da obra “*The New Sovereignty - Compliance with International Regulatory Agreements*”.

¹²⁵ A.A. Cançado Trindade. Interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. Revista Arquivos do Ministério da Justiça 182, p-27-54, 1993.

Internacional (*Coalition for the International Criminal Court - CICC*)¹²⁶ permanente é um exemplo de uma rede global de atores não-estatais que reúne mais de 2500 ONGs que busca ampliar este espaço de proteção aos direitos humanos cujas ações, entre outras, visam pressionar os Estados a aderirem ao Estatuto de Roma e aos documentos a ele atrelados.

Neste diapasão, interessante perceber que o artigo 1º da constituição italiana estatui que “*La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione.*”¹²⁷ e neste sentido o artigo 11º, que também pertence ao capítulo que trata dos direitos fundamentais, preceitua que ¹²⁸:

“L'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo.”¹²⁹

Dentro deste contexto, e de acordo com esta mesma tendência de constitucionalismo democrático, a ‘*Constitución Política de la República de Chile*¹³⁰, de 1980, estabelece em seu artigo 5º, emendado pela *LEY N° 18.825 Art. Único N° 1 D.O. 17.08.1989*, que:

“(...)El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.¹³¹

Ferrajoli, ao tratar desta temática também aponta que com o fim da Segunda Guerra Mundial (1939-1945) e o holocausto dela decorrente, optou-se pela criação de um sistema internacional capaz de preservar a paz e evitar tais violações graves ao direito humanitário. E

¹²⁶ A este respeito vide o sítio <<http://www.iccnw.org/>>, acesso em 10 de janeiro de 2008.

¹²⁷ “A soberania pertence ao povo, que a exerce na forma e nos limites da Constituição” (tradução nossa).

¹²⁸ Constituição da Itália. Disponível em <http://www.camera.it/cost_reg_funz/345/346/listaarticoli.asp> acesso em fevereiro de 2008.

¹²⁹ “A Itália repudia a guerra como instrumento de ofensa à liberdade de outros povos, e como meio de resolução dos litígios internacionais; permite, em condições de igualdade com outros Estados, as limitações da soberania necessárias em prol de um ordenamento que assegure a paz e a justiça entre as nações, que promova e favoreça as organizações internacionais direcionadas para este fim”. (tradução nossa).

¹³⁰ Constituição do Chile. Disponível em

<http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/normas/normas_reguladoras> acesso em fevereiro de 2008.

¹³¹ “O exercício da soberania reconhece como limitação o respeito aos direitos fundamentais que emanam da natureza humana. É dever do Estado respeitar e promover estes direitos garantidos por esta Constituição, assim como pelos tratados internacionais ratificados pelo Chile, que estejam em vigor”. (tradução nossa)

que a Carta das Nações Unidas marcou o surgimento de um novo modelo de soberania, deixando de lado um sistema referenciado por tratados internacionais, sendo substituído por regras internacionais, que passaram a constituir um “*auténtico ordenamiento jurídico supraestatal*”. E afirma que:

A soberania, que já se havia até o ponto de dissolver-se na sua dimensão interna com o desenvolvimento do Estado constitucional de direito, se esvanece também em sua dimensão externa na presença de um sistema de normas internacionais caracterizáveis como *ius cogens*, ou seja, como direito imediatamente vinculador para os Estados-membros. No novo ordenamento, são de fato sujeitos de direito internacional, não somente os Estados, mas também os indivíduos e os povos [...]. (Ferrajoli, 2002, p.41)

Como reflexo deste movimento de internacionalização dos direitos humanos pode-se perceber a constitucionalização de preceitos em defesa dos direitos humanos. Assim, vejamos alguns exemplos na Europa, o artigo 16, n.º 1, da Constituição Portuguesa¹³² preceitua que “os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”. Some-se a este o conteúdo do artigo 16, n.º 2 o qual estatui que “os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”. Dispõe, ainda, a Constituição de Portugal a respeito do direito internacional:

Artigo 8º

1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português.
 2. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português.
 3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos.
- [...]

Neste mesmo sentido a Constituição espanhola¹³³, em seu art. 10 n.º. 2, o qual trata dos direitos e deveres fundamentais, e no art. 96, n.º. 1, o qual dispõe sobre os tratados

¹³² Texto original disponível em < http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema_Politico/Constituicao/constituicao_p01.htm>, acesso em 29 de janeiro de 2009.

internacionais, preceituam que:

Artículo 10 [...]

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Artículo 96.

1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional ¹³⁴.

Este processo de internacionalização dos direitos humanos também pode ser percebido em Estados da América Latina, em virtude dos tratados internacionais de direitos humanos virem ocupando lugar especial no ordenamento jurídico, algumas vezes sendo-lhes concedido valor normativo constitucional.

Neste sentido, Paraguai¹³⁵ e Argentina¹³⁶ inseriram conceitos de supranacionalidade em suas Constituições. A Constituição do Paraguai não apenas afirma que os tratados e convenções validamente celebrados formam parte do ordenamento jurídico interno (artigo 141), como lhes atribui caráter supralegal, hierarquicamente inferior apenas à Constituição (artigo 137). Por sua vez, a Constituição da Argentina admite hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos (artigo 75, incisos 22).

Mendes (2008, p.16), atual Presidente do STF, aponta que há disposições na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que remetem o hermeneuta para realidades normativas relativamente diferenciadas em face da concepção tradicional do direito

¹³³ Texto original disponível em < <http://constitucion.rediris.es/legis/1978/ce1978.html>>, acesso em 29 de janeiro de 2009.

¹³⁴ Artigo 10, 2 -“As normas relativas aos direitos fundamentais e às liberdades que a Constituição reconhece se interpretarão em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e com os tratados e os acordos internacionais sobre as mesmas matérias ratificadas pela Espanha”, e artigo 96, 1 - “Os tratados internacionais validamente celebrados, logo que publicados oficialmente na Espanha farão parte do ordenamento jurídico interno. Seus dispositivos somente poderão se revogados, modificados ou suspensos pela forma prevista nos próprios tratados ou de acordo com as normas gerais do direito internacional”.(tradução nossa).

¹³⁵ Artigo 145 – Da ordem jurídica supranacional: “A República do Paraguai, em condições de igualdade com outros Estados, admite uma ordem jurídica supranacional que garanta a vigência dos direitos humanos, da paz, da justiça, da cooperação e do desenvolvimento político, econômico, social e cultural.” (tradução nossa). Texto original disponível em <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/paraguay/para1992.html>>,a cesso em 30 de janeiro de 2009.

internacional público, em particular sublinha quatro disposições que sinalizam para uma maior abertura constitucional ao direito internacional e, na percepção de alguns, ao direito supranacional.

O primeiro dispositivo consta do parágrafo único do art. 4º, que estabelece que “a República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”, o que traduz uma clara escolha política do constituinte originário pela integração do Brasil em organismos supranacionais.

A segunda disposição está positivada no § 2º do art. 5º, ao afirmar que os direitos e garantias expressos na Constituição “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. A terceira e quarta cláusulas foram acrescentadas pela Emenda Constitucional n.º 45, de 08 de dezembro de 2004, constantes dos §§ 3º e 4º do art. 5º, as quais estabelecem, respectivamente, que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”, e que “o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.”

Afirma, então, Mendes (2008, p.18) que estas disposições revelam:

uma tendência contemporânea do constitucionalismo mundial de prestigiar as normas internacionais destinadas à proteção do ser humano. Por conseguinte, a partir desse universo jurídico voltado aos direitos e garantias fundamentais, as constituições não apenas apresentam maiores possibilidades de concretização de sua eficácia normativa, como também somente podem ser concebidas em uma abordagem que aproxime o Direito Internacional do Direito Constitucional.

Portanto, a chave do processo de universalização do direito com a primazia da pessoa humana é percebê-lo como um benefício a todos os cidadãos, um aumento no grau de proteção por meio de uma dupla jurisdição, nacional e internacional, dos seus direitos e

¹³⁶ Artigo 75 – O qual dispõe sobre a competência do Congresso - inciso 24: “aprovar tratados de integração que deleguem competências e jurisdição a organizações supraestatais em condições de reciprocidade e igualdade, e que respeitem a ordem democrática e os direitos humanos. Estas normas têm hierarquia superior às leis” (tradução nossa). Texto original disponível em <http://www.argentina.gov.ar/argentina/portal/documentos/constitucion_nacional.pdf>, a cesso em 30 de janeiro de 2009.

garantias fundamentais. É deste modo que materialmente este novo ordenamento jurídico forma uma unidade de sentido, bem como é dessa maneira que interage com o direito brasileiro. O impacto sobre o direito brasileiro se circunscreve na possibilidade de uma garantia a mais. Assim, tem-se que a cidadania emerge redefinida e ampliada, a partir destes parâmetros internacionais. É a partir deste enfoque que se pode compreender a ratificação do TPI pelo Brasil.

Deste modo, “quando um Estado ratifica um tratado de proteção dos direitos humanos, não diminui ele sua soberania (...), mas, ao contrário, pratica um verdadeiro ato soberano, e o faz de acordo com sua Constituição” (Mazzuoli, 2005, p.335)..

Dentro deste contexto, os Estados expressam e realizam a sua soberania participando da comunidade internacional, ou seja, participar do sistema internacional é sobretudo um ato de soberania por excelência.

Vejamos como este tema é tratado pela Constituição Federal de 1988 e pelo seu intérprete *ultima ratio* o Supremo Tribunal Federal (STF). Buscou-se investigar se há jurisprudência do STF ponderando o princípio da soberania frente a outros princípios constitucionais e o mecanismo deste controle de constitucionalidade.

4.3 – SOBERANIA, A CONSTITUIÇÃO E O SUPREMO

No Brasil, este princípio está estatuído no artigo primeiro da Carta Política de 1988, em seu título I, o qual trata dos Princípios Fundamentais, a saber:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. **Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.**

Antes de apresentarmos alguns trechos de jurisprudência do STF sobre o tema, vejamos em breves palavras como é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

Esta possibilidade, de controle de constitucionalidade¹³⁷, foi expressamente adotada com a Constituição de 1891, a qual consagrou o modelo americano de controle difuso por via incidental. Inovações em 1934 e 1965 (Emenda Constitucional 16) introduziram a possibilidade de um controle concentrado por via de ação direta. Com a Constituição de 1988, o modelo do *'judicial review'* misto ou eclético está consolidado. Assim temos tanto um controle por via incidental e difuso, realizado no exercício normal da função jurisdicional, por meio das peças do processo (qualquer juiz é competente para exercer o controle nas questões suscitadas no bojo do processo, cuja decisão é válida apenas para as partes), quanto um controle por via principal (ou de ação direta, com validade *'erga omnes'*) e concentrado, por meio das seguintes demandas, a saber: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e Ação Direta Interventiva (ADIn), julgadas pelo STF.

Assim o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade caracteriza-se por um controle judicial (exercido pelos juízes), repressivo (quando a lei já está em vigor) e eclético (o controle difuso por via de ação incidental e o controle concentrado por via de ação direta). Sublinha-se que há outros sistemas, assim no modelo americano há um controle judicial, repressivo e difuso, no francês existe um controle político (exercido por órgão não componente da estrutura do judiciário), prévio (exercitado antes mesmo da entrada em vigor da norma), concentrado (competência concentrada em um único órgão, o Conselho Constitucional), e no modelo alemão temos o controle judicial, repressivo e concentrado (o controle é efetuado pelo Tribunal Constitucional Federal).

Deste modo, podemos ter tanto uma jurisprudência a respeito da soberania por via incidental, onde esta foi levantada como uma questão prejudicial (uma questão que deve ser decidida para a continuidade do processo), ou seja, a apreciação da inconstitucionalidade não foi o objeto principal do processo, apenas uma premissa lógica para a solução do litígio, como uma jurisprudência oriunda do controle direto de constitucionalidade. Nosso interesse diz respeito apenas ao controle por via de ação direta efetuado pelo STF, guardião da constituição, e a interpretação (conteúdo) dada a este fundamento (a soberania) do Estado Democrático de Direito.

¹³⁷ Sobre a origem deste sistema vide o clássico caso *Marbury versus Madison*, de 1803, pela Suprema Corte norte-americana, o qual introduziu a base do *'judicial review'* nos EUA. Posteriormente, esta possibilidade, foi introduzida por Kelsen, em 1920, na Europa, por meio da Constituição da Áustria, onde este controle não caberia a qualquer juiz, mas a uma Corte Constitucional. Temos desde, então, estes dois modelos difuso e concentrado, e a combinação de ambos, o modelo eclético.

Nossa pesquisa efetuada na base de dados ‘A Constituição e o Supremo’¹³⁸ não encontrou nenhuma ação onde este fundamento foi questionado de forma clara e objetiva, onde este fosse comparado aos demais fundamentos do Estado Brasileiro, no qual, portanto, o Supremo Tribunal tivesse manifestado seu entendimento a respeito. Deste modo apresentaremos como este fundamento aparece na jurisprudência do STF, a fim de revelar qual o conteúdo deste conceito para o Supremo.

Com relação ao artigo 1º não há jurisprudência selecionada com relação ao inciso I e ao parágrafo único, duas acepções que interessam a esta pesquisa (com relação ao caput e aos demais incisos há farta jurisprudência disponível).

No artigo 2º ‘São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário’, destaco a seguinte passagem “Crime de tráfico de entorpecentes praticado por estrangeiro – Aplicabilidade da Lei n. 6.815/80 – Estatuto do Estrangeiro – Súdito colombiano [...] **A expulsão de estrangeiros – que constitui manifestação da soberania do Estado brasileiro** – qualifica-se como típica medida de caráter político-administrativo, da competência exclusiva do Presidente da República, a quem incumbe avaliar, discricionariamente, a conveniência, a necessidade, a utilidade e a oportunidade de sua efetivação. [...] O controle jurisdicional do ato de expulsão não incide, sob pena de ofensa ao princípio da separação de poderes, sobre o juízo de valor emitido pelo Chefe do Poder Executivo da União. A tutela judicial circunscreve-se, nesse contexto, apenas aos aspectos de legitimidade jurídica concernentes ao ato expulsório [...]”¹³⁹

No que diz respeito ao artigo 4º onde estão estatuídos os princípios que regem a República Federativa do Brasil nas suas relações internacionais, a saber: 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. [...], encontramos julgados pertinentes, particularmente com relação ao inciso V. Assim destaco ‘**O mero procedimento citatório** não produz qualquer efeito atentatório à **soberania nacional** ou à ordem pública, apenas possibilita o conhecimento da ação que tramita perante a justiça alienígena e faculta a

¹³⁸ Base de dados que contém o texto da Constituição Federal (CF) de 1988 interpretado de acordo com a jurisprudência firmada pelo Supremo. “A Constituição e o Supremo” apresenta o texto constitucional seguido de determinados julgados efetuados pelo tribunal, os quais foram selecionados como relevantes relativos ao tema em questão (contém a síntese do teor da decisão, ementa, e referências como o número do processo correspondente, o nome do relator e a data do julgamento e a data de publicação no Diário da Justiça).

apresentação de defesa’, suscitado por ocasião do julgamento da carta rogatória 10.849¹⁴⁰ e ‘**Não pode o Supremo Tribunal Federal avaliar o mérito** dos elementos formadores da prova, inclusive a autoria e a materialidade dos delitos cometidos, ora em produção perante a **autoridade judiciária do País requerente, tema afeto à sua soberania**¹⁴¹.’, bem como ‘Cabe, assim, à **Justiça do Estado** requerente, **reconhecer soberanamente** — desde que o permita a sua própria legislação penal — a ocorrência, ou não, da continuidade delitiva, **não competindo ao Brasil, em obséquio ao princípio fundamental da soberania dos Estados, que rege as relações internacionais**, constranger o Governo requerente a aceitar um instituto que até mesmo o seu próprio ordenamento positivo possa rejeitar.”¹⁴², ambas interpretações e emprego do vocábulo soberania por ocasião do julgamentos de extradições.

No que tange ao caput do artigo 5º, o qual dispõe que ‘Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, [...] a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...] temos ‘É inquestionável o direito de súditos estrangeiros ajuizarem, em causa própria, a ação de habeas corpus [...] A imprescindibilidade do **uso do idioma nacional nos atos processuais**, além de corresponder a uma **exigência que decorre de razões vinculadas à própria soberania nacional**, constitui projeção concretizadora da norma inscrita no art. 13, caput, da Carta Federal, que proclama ser a língua portuguesa ‘o idioma oficial da República Federativa do Brasil’¹⁴³[...].

No inciso XXXVIII deste artigo está positivado: é reconhecida a **instituição do júri**, com a organização que lhe der a lei, assegurados: [...] c) **a soberania dos veredictos**; [...], neste sentido o vocábulo adquire o sentido de primazia, mas este veredicto não é absoluto, pois a soberania dos veredictos do tribunal do júri não é absoluta, submetendo-se ao controle do juízo *ad quem*, tal como disciplina o art. 593, III, d, do Código de Processo Penal¹⁴⁴.

Prosseguindo a pesquisa encontramos menção no julgado referente ao inciso IV, do artigo 7º da CRFB, ‘são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social’ [...] - IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família [...], a saber ‘Serviço militar obrigatório. Soldo. Valor inferior ao salário mínimo. Violação aos arts. 1º, III, 5º, caput, e 7º, IV, da CRFB. Inocorrência. [...] Os cidadãos que **prestam serviço militar**

¹³⁹ HC 72.851, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 25-10-95, DJE de 28-11-08.

¹⁴⁰ CR 10.849-AgR, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 28-4-04, DJ de 21-5-04.

¹⁴¹ Ext 853, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 19-12-02, DJ de 5-9-03.

¹⁴² Ext 542, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13-2-92, DJ de 20-3-92.

¹⁴³ HC 72.391-QO, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 8-3-95, DJ de 17-3-95.

obrigatório exercem um múnus público relacionado com a defesa da soberania da pátria. A obrigação do Estado quanto aos conscritos limita-se a fornecer-lhes as condições materiais para a adequada prestação do serviço militar obrigatório nas Forças Armadas. ¹⁴⁵

O artigo 12 contempla a hipótese de quase-nacionalidade no seu parágrafo 1º, onde está positivado que “aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor de brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição”. Neste sentido, há o seguinte julgado: ‘A norma inscrita no art. 12, § 1º da Constituição da República [...] não opera de modo imediato, [...], pois, para incidir, **além de supor o pronunciamento aquiescente do Estado brasileiro, fundado em sua própria soberania,** depende, ainda, de requerimento do súdito português [...]’¹⁴⁶.

No artigo 102, o qual dispõe que ‘compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe [...]’ há o seguinte julgado: ‘A norma [...] do artigo 102 da Constituição Federal, segundo a qual compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, **a homologação das sentenças estrangeiras, há de ser tomada respeitando-se a soberania do país em que praticado o ato.** Prevendo a respectiva legislação o divórcio mediante simples ato administrativo, como ocorre, por exemplo, no Japão, cabível é a homologação para que surta efeitos no território brasileiro’¹⁴⁷.

Com relação ao artigo 145, o qual trata que a ‘A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos’ [...] há um julgado no qual faz-se referência a soberania interna e externa, a saber; ‘[...] **os serviços públicos** poderiam ser classificados assim: 1) serviços públicos propriamente **estatais, em cuja prestação o Estado atue no exercício de sua soberania,** visualizada esta sob o ponto de vista interno e externo: esses serviços são indelegáveis, porque somente o Estado pode prestá-los.[..]’¹⁴⁸.

Além do artigo 1º e do artigo supramencionados, a palavra soberania aparece com diferentes conotações textualmente na Constituição de 1988, em outros artigos, os quais não dispõem de jurisprudência na base de dados pesquisada, a saber:

Art. 5º [...] - LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o **exercício dos direitos e liberdades constitucionais** e das

¹⁴⁴ HC 88.707, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 9-9-08, DJE de 17-10-08.

¹⁴⁵ RE 570.177, Rel. Ricardo Lewandowski, julgamento em 30-4-08, DJE de 27-6-08.

¹⁴⁶ Ext 890, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 5-8-04, DJ de 28-10-04.

¹⁴⁷ SEC 6.399, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 21-6-00, DJ de 15-9-00.

prerrogativas inerentes à nacionalidade, à **soberania** e à cidadania;

Art. 14. A **soberania popular** será exercida pelo **sufrágio universal e pelo voto direto** e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular. [...]

Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de **partidos políticos**, resguardados a **soberania nacional**, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: [...]

Art. 91. O **Conselho de Defesa Nacional** é órgão de consulta do Presidente da República nos assuntos relacionados com a **soberania nacional** e a defesa do Estado democrático, e dele participam como membros natos: [...]

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - **soberania nacional**; [...]

Art. 231 [...] § 5º - É vedada a remoção dos **grupos indígenas** de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no **interesse da soberania do País**, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

Assim percebe-se que o emprego do vocábulo na constituição é diverso e apresenta diferentes sentidos, ora diz respeito à soberania nacional, ora à soberania popular, e ainda como sinônimo de primazia, entre outros. Deste modo, podemos afirmar que a doutrina brasileira é uma doutrina eclética, com elementos das duas correntes democráticas, a doutrina da soberania nacional e a doutrina da soberania popular ¹⁴⁹.

Para melhor compreender o relacionamento entre a jurisdição internacional, neste caso concreto do TPI, e a interna, bem como para proporcionar elementos que permitam consubstanciar a verificação da hipótese desta pesquisa, discorre-se a seguir sobre aspectos relativos ao direito interno.

¹⁴⁸ ADI 447, voto do Min. Carlos Velloso, julgamento em 5-6-91, DJ de 5-3-93.

¹⁴⁹ A respeito da temática o Poder soberano e constituições nos Países Americanos, vide o trabalho de Galaad Oliveira, disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/ri/principal.htm>., acesso em 15 de janeiro de 2009.

5.0 – CONSIDERAÇÕES SOBRE A INTERNALIZAÇÃO DO ESTATUTO DE ROMA

5.1 – ASPECTOS GERAIS

Como parte final desta pesquisa, pretende-se apresentar os aspectos principais relativos à compatibilidade da criação do Tribunal Penal Internacional com o ordenamento jurídico pátrio. No campo do direito internacional humanitário o Brasil é parte, sem reservas, dos mais relevantes diplomas fundamentais. Destaca-se, particularmente, a adesão às quatro Convenções de Genebra de 1949 e aos dois Protocolos Adicionais de 1977¹⁵⁰. A Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio de 1948, há muitos anos incorporada ao direito interno brasileiro¹⁵¹, é também um relevante antecedente em relação ao TPI, pois afirma o caráter internacional deste crime, estabelece a obrigação de processar ou extraditar, prevê o estabelecimento de uma corte criminal internacional e estipula a não aplicabilidade de imunidade de jurisdição para os acusados (Sabóia, 2007, p11).

O direito interno preconiza a preservação dos Direitos Humanos, e o Brasil tem procurado implementar mecanismos que assegurem, tanto no plano interno quanto no internacional, a garantia e proteção de tais direitos, tão caros à humanidade, e que somente há pouco mais de meio século vêm merecendo atenção especial dos organismos internacionais e dos Estados que compõem a comunidade internacional.

Com a redemocratização do país, em 1988 foi promulgada a nova Carta Magna, que ocupa o topo do ordenamento jurídico pátrio. Esta lei fundamental inovou ao elevar a categoria de princípios constitucionais: a prevalência dos direitos humanos, o repúdio ao terrorismo e ao racismo, a cooperação internacional para o progresso da humanidade e a concessão de asilo político, ao lado de princípios tradicionais tais como: soberania, não-intervenção, defesa da paz e solução pacífica dos conflitos.

¹⁵⁰ Vide nota de rodapé nº 101.

¹⁵¹ Promulgada pelo Decreto nº 30.822, de 6 de maio de 1952, pelo então Presidente Getulio Vargas

Estes princípios revelam a intenção da sociedade brasileira, manifestada por meio de seus representantes na Constituinte, de abrir a ordem jurídica pátria ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos. A incorporação deste sistema de proteção exige um novo olhar, uma nova interpretação dos princípios constitucionais tradicionais. Assim, quando há colisão de princípios, diferentemente de quando colidem normas onde se preserva uma e afasta-se a outra, deve-se buscar a ponderação, impondo a flexibilização e a relativização dos bens jurídicos que se deseja proteger. Desta forma, em um caso concreto a soberania ao colidir com direitos e garantias fundamentais não pode mais ser interpretada de modo absoluto, e sim ponderada, com os recursos, entre outros, que os métodos tópico e estruturante de interpretação constitucional nos fornecem. Neste sentido leciona Maurício Andreiuolo Rodrigues (2001, p.170), para quem “(...) com a nova concepção dos direitos humanos, a soberania dos Estados passa a ser um tema secundário, e por isso, pode e deve ser questionada quanto ao seu caráter absoluto”. Para tal, toma-se por base a razão pública e busca-se atender aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade visando à diminuição da discricionariedade desta ponderação.

Cabe destacar, ainda, que no artigo 7º das suas Disposições Constitucionais Transitórias, a Constituição estabelece que o Brasil propugnará pela formação de um Tribunal Internacional dos Direitos Humanos. Em consonância, nosso país tem se posicionado sistematicamente a favor, nos organismos internacionais, da prevenção e da repressão às agressões aos Direitos Humanos, quando tais assuntos são demandados. Trata-se de uma política de Estado que “concebe como legítimo o monitoramento internacional dos Direitos Humanos” (Pereira, 2003, p.12).

A fim de contextualizar o cenário político interno que propiciou as condições para a participação e assinatura do Estatuto de Roma pelo Brasil, evidenciamos que segundo Lampreia¹⁵² (1998, p.7-8) a política externa oficial do país na segunda metade da década de 90 se caracterizava, entre outros aspectos, pela valorização da democracia, dos direitos humanos e do desenvolvimento sustentável, aspirações que iam ao encontro dos anseios da sociedade brasileira. Sublinhava o ex-Ministro do MRE que não havia mais espaço para violações maciças dos direitos humanos, descontroles fiscais e monetários, comportamentos ambientalmente irresponsáveis. Assim destacava que a soberania nacional já havia deixado de ser argumento para comportamentos que atentam contra esses valores fundamentais, bem como salientava que havia terminado os tempos de isolacionismo e da auto-suficiência, e que

¹⁵² Ministro de Estado das Relações Exteriores do Brasil, de 01 de janeiro de 1995 a 12 de janeiro de 2001, no governo do Presidente da República Fernando Henrique Cardoso (FHC).

a política externa do Presidente Fernando Henrique Cardoso se caracterizava pela autonomia pela integração. Neste sentido, o ex-Ministro (1998, p. 15) em suas reflexões sobre este período enfatizava que no cenário mundial, o Brasil continuava a “contribuir ativamente, nos foros multilaterais e em nossas relações bilaterais, para a construção de uma ordem internacional fundada em normas acordadas coletivamente e não, ao contrário, na ‘lei do mais forte’”¹⁵³.

O Brasil somou-se, assim, aos Estados que votaram favoravelmente à adoção do Estatuto de Roma¹⁵⁴, motivado pelos princípios que regem a atuação do Estado Brasileiro nas suas relações internacionais, positivados no artigo 4º da Carta Política de 1988, dentre os quais destacamos: prevalência dos direitos humanos; autodeterminação dos povos; não-intervenção; igualdade entre os Estados; defesa da paz; solução pacífica dos conflitos; e cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

Em nosso país, a aceitação do Tribunal Penal Internacional não foi pacífica, a despeito desta política de Estado de alinhamento a possibilidade de supervisão aos Direitos Humanos em nosso território estar positivada em nossa Carta Magna. Neste contexto, havia uma realidade jurisprudencial que não pode ser declinada. Desde a promulgação da Constituição de 1988, apesar do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal dispor que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, surgiram diversas interpretações que consagraram um tratamento diferenciado aos tratados relativos a direitos humanos. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, corte judicial que possui a competência do controle de constitucionalidade concentrado por via de ação direta, não admitia estender a hierarquia de norma constitucional aos dispositivos dos tratados de direitos humanos (como seria o caso do Estatuto de Roma) ratificados pelo Brasil.

A posição dominante era no sentido de recepcionar o tratado com *status* de lei ordinária¹⁵⁵. Neste sentido, evidencia-se que não há a prevalência automática dos atos

¹⁵³ O ex-Ministro Lampreia destaca, ainda, nas conclusões de seu balanço sobre a política externa do governo FHC que houve um resgate de “certas ‘hipotecas’ diplomáticas nas áreas da não proliferação e dos direitos humanos, tais como a assinatura do TNP e o reconhecimento da competência obrigatória da Corte de São José”, além do empenho para “preservar e promover a democracia e os direitos humanos, especialmente nas Américas”. E que este resgate é uma manifestação concreta do compromisso do Brasil com os princípios da democracia, da paz, dos direitos humanos, da justiça social e da preservação do meio ambiente. (1998, p.16).

¹⁵⁴ Foram 120 votos a favor, 7 contra (China, EUA, Filipinas, Índia, Israel, Sri Lanka e Turquia) e 21 abstenções. (Lorandi, 2007,p.18).

¹⁵⁵ ADI 1480 MC/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18.05.2001, p. 00429, conforme extrato: [...] É na Constituição da República - e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas - que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito

internacionais em face da lei ordinária, e para a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a ocorrência de colisão entre essas normas deve ser resolvida pela aplicação dos critérios tradicionais: da especificidade e da cronologia. Ressalta-se, também, que há forte e abalizada corrente doutrinária que defende o posicionamento de que este tratado seria incorporado ao nosso ordenamento jurídico no mesmo nível das normas constitucionais, em virtude do mesmo dispositivo supracitado¹⁵⁶. Este tratamento jurídico diferenciado aos tratados de Direitos Humanos justificar-se-ia em razão de seu caráter especial, que os distinguiria dos tratados internacionais comuns:

“Enquanto estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre Estados-Parte, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes, tendo em vista que objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados”(Piovesan, 1997, p.94).

Com a edição da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, foram acrescentados dois parágrafos ao artigo 5º da Constituição Federal, a saber:

§ 3o Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

§ 4o O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

Posterior a esta emenda, no julgamento do RE 466.343-1, o Ministro Gilmar Mendes

positivo interno brasileiro. [...] No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. O exercício do *treaty-making power*, pelo Estado brasileiro - não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) -, está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional. [...] Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. [...]. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico ("*lex posterior derogat priori*") ou, quando cabível, do critério da especialidade.

¹⁵⁶ Neste sentido vide, entre outros, CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. Boletim da Sociedade

posiciona-se no sentido de conferir caráter supra legal aos tratados e normas de direitos humanos ratificados pelo Brasil¹⁵⁷. Assim sublinha que a disposição constitucional do parágrafo 2º do artigo 5º supramencionada ensejou a uma estimulante discussão doutrinária e jurisprudencial – também observada no direito comparado – sobre o status normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, a qual, segundo o referenciado Ministro do STF, pode ser sistematizada em quatro correntes principais, a saber:

- a. a vertente que reconhece a natureza supraconstitucional dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos;
- b. o posicionamento que atribui caráter constitucional a esses diplomas internacionais;
- c. a tendência que reconhece o status de lei ordinária a esse tipo de documento internacional;
- d. por fim, a interpretação que atribui caráter supralegal aos tratados e convenções sobre direitos humanos.

Mello¹⁵⁸ um defensor da primeira corrente, da preponderância dos tratados internacionais de direitos humanos em relação às normas constitucionais, que não teriam, no seu entender, poderes revogatórios em relação às normas internacionais. Assim, nem mesmo emenda constitucional teria o condão de suprimir a normativa internacional subscrita pelo Estado em relação aos direitos humanos. Para o Ministro Mendes existe dificuldade de adequação dessa tese à realidade de Estados que, como o Brasil, estão fundados em sistemas regidos pelo princípio da supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico. Entendimento diverso anularia a própria possibilidade do controle da constitucionalidade desses diplomas internacionais.

No que diz respeito à segunda corrente, estes doutrinadores defendem a tese do § 2º do art. 5º da Constituição ser cláusula aberta de recepção de outros direitos enunciados em tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil. Ao possibilitar a incorporação de novos direitos por meio de tratados, a Constituição estaria a atribuir a esses diplomas internacionais a hierarquia de norma constitucional. E o § 1º do art. 5º asseguraria a tais normas a aplicabilidade imediata nos planos nacional e internacional, a partir do ato de

Brasileira de Direito Internacional, Brasília, nº 113-118, 1998. pp. 88-89; e PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 83.

¹⁵⁷ RE 466.343-1/SP, relator Ministro Cezar Peluso, 03.12.2008, onde o Ministro Gilmar Mendes ao abordar o tema da prisão do depositário infiel, faz uma extensa discussão sobre a recepção e os impactos dos tratados de direitos humanos no plano jurídico interno.. Sustenta ser a favor da revisão do posicionamento da Corte Suprema, a fim de conferir caráter supra legal aos tratados e normas de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

ratificação, dispensando qualquer intermediação legislativa. Eventuais conflitos entre o tratado e a Constituição deveriam ser resolvidos pela aplicação do critério da norma mais favorável à vítima.

Em oposição a esta interpretação o Ministro Mendes argumenta que o parágrafo 3º, introduzido pela emenda Constitucional nº 45 supramencionada, equivale a uma declaração eloqüente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais.

Entretanto, sublinha o Ministro que não se pode negar que esta emenda acabou por destacar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar distinto no ordenamento jurídico pátrio. Salienta, também, que esta mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções internacionais já ratificados pelo Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o julgamento, em 1 de junho de 1977, do RE nº 80.004/SE.

Deste modo, após esta inserção do parágrafo 3º no artigo 5º da Constituição a defesa da tese da terceira corrente ficou bastante inconsistente, em que pese ser esta a atual jurisprudência do STF, desde o RE 80.004 supramencionado. Na ADI nº 1.480-3/DF, Relator Ministro Celso de Mello (em 4.9.1997), o Tribunal voltou a afirmar que entre os tratados internacionais e as leis internas brasileiras existe mera relação de paridade normativa, entendendo-se as “leis internas” no sentido de simples leis ordinárias e não de leis complementares. A tese da legalidade ordinária dos tratados internacionais foi reafirmada em julgados posteriores (RE nº 206.482-3/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 27.5.1998, DJ 5.9.2003; HC nº 81.319-4/GO, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 24.4.2002, DJ 19.8.2005) e mantém-se firme na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Para o atual Presidente do Supremo, entretanto, é preciso ponderar, se, no contexto hodierno, em que se pode observar a abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos, essa jurisprudência não teria se tornado completamente defasada.

Assim na defesa de seu posicionamento, pela quarta corrente apresentada, afirma que hoje vivemos em um “Estado Constitucional Cooperativo”, expressão utilizada por Häberle onde o Estado não é mais um Estado Constitucional voltado apenas para si mesmo, mas que

¹⁵⁸ Mello, Celso D. de Albuquerque. O §2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Logo (Org.). Teoria dos direitos fundamentais. 2a Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 25.

se apresenta como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais¹⁵⁹, reflexo do processo de internacionalização dos direitos humanos apresentado na seção 4.2.

Assim, o Ministro Mendes sustenta que os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana¹⁶⁰, e que se faz necessário uma revisão da atual jurisprudência do STF, e que estes tratados devem possuir caráter supra legal.

Podemos inferir que a introdução do conteúdo do parágrafo 3º no artigo 5º na Constituição, corrobora a existência de um regime jurídico próprio aplicável aos tratados de Direitos Humanos, os quais são distintos dos demais tratados internacionais que ingressam no nosso ordenamento. Enfatiza-se que aqueles cujo conteúdo seja relativo aos direitos humanos e que forem aprovados com quorum qualificado de três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, adquirem, de imediato, o status de norma constitucional¹⁶¹, sem necessidade de esforços interpretativos, passando a integrar formalmente o texto constitucional.

O Estatuto de Roma foi ratificado antes da Emenda 45, e, portanto, não podemos afirmar seu ‘*status*’ de integrar o texto constitucional, pois não houve decisão do STF a este respeito. A fim de dissipar eventuais ações de inconstitucionalidade de dispositivos deste tratado foi também incluído por esta emenda o parágrafo 4º no qual “o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”. Estas alterações no texto constitucional devem facilitar a implementação do Estatuto de Roma no Brasil, no que diz respeito à aprovação de projetos de lei e alterações em textos normativos em vigor, os quais se encontram ainda em andamento.

¹⁵⁹ Häberle, Peter. El estado constitucional. Trad. De Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 75-77.

¹⁶⁰ Neste mesmo sentido, expressou-se o Ministro Sepúlveda Pertence: “Certo, com o alinhar-me ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não assumo compromisso de logo – como creio ter deixado expresso no voto proferido na ADInMc 1.480 – com o entendimento, então majoritário – que, também em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais – preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis. Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são, com grande frequência, precisamente porque – alçados ao texto constitucional – se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim como à recepção das anteriores à Constituição (...). Se assim é, à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º, § 2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos.” [RHC no 79.785-RJ, Pleno, por maioria, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22.11.2002, vencidos os ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso (o então Min. Presidente)].

Estas discussões foram ampliadas em virtude do Tratado de Roma não admitir reservas, ou seja, o texto integral deve ser acatado. Assim, por ocasião da análise no Congresso com relação ao referendo do Tratado de Roma, a Comissão no Senado Federal, se expressou pela constitucionalidade nos seguintes termos:

Tendo em vista a natureza das funções outorgadas, à luz do Regime Interno do Senado Federal, a esta Comissão, não nos cabe realizar, nesse parecer, análise da matéria do ponto de vista de sua compatibilidade com a Constituição Federal. Todavia, pela leitura dos pareceres do Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores e da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados, que podemos concluir pela inexistência de óbices, quanto à constitucionalidade, que possam impedir a adesão do Brasil ao Estatuto de Roma. [...] Com efeito, somente uma instituição com a importância e independência conferidas ao TPI estará capacitada a afastar as ameaças do unilateralismo e da seletividade no tratamento dos crimes contra a humanidade. Como órgão que expressa o mais moderno multilateralismo e da cooperação entre os Estados, o Tribunal Penal Internacional vem sanar um antigo vácuo jurídico existente no sistema internacional, contribuindo, ademais, para prevenir as violações maciças dos direitos humanos e as ameaças contra a paz e a segurança dos Estados, e, em última análise, da humanidade. (CHOUKR, 2005, p. 67-68).

Deste modo, em que pese à ratificação do Brasil e a inclusão dos parágrafos supracitados no artigo 5º, pela emenda 45, permanece a necessidade de adaptação da legislação interna ao conteúdo do tratado.

Neste sentido, antes mesmo da ratificação pelo Brasil do Estatuto foi constituído um Grupo de Trabalho (GT) no Ministério da Justiça, por meio da Portaria nº. 1.036/2001¹⁶², “com o objetivo de estudar e propor reforma do ordenamento jurídico brasileiro com vistas à ratificação pelo Estado brasileiro do Estatuto de Roma, na perspectiva do direito

¹⁶¹ Este é o mesmo rito necessário para a aprovação de emendas a Constituição.

¹⁶² Ministério da Justiça - Portaria nº 1.036, de 13 de novembro de 2001, D.O.U. II, de 14 de novembro de 2001, p. 2, alterada pelas seguintes: Portaria nº. 49, de 17 de janeiro de 2002, D.O.U. II, de 18 de janeiro de 2002, p. 3; Portaria nº 416, de 23 de abril de 2002, D.O.U. II, de 24 de abril de 2002, p. 19; Portaria nº 549, de 21 de maio de 2002, D.O.U. II, de 22 de maio de 2002, p. 15; e Portaria nº 1.148, de 02 de outubro de 2002, D.O.U. II, de 03 de outubro de 2002, p. 17. Essa Comissão funcionou durante um ano, integrada pelos seguintes juristas: Adriana Lorandi, do Ministério Público Militar, Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros, da Consultoria Jurídica do Ministério das Relações Exteriores, Carlos Frederico de Oliveira Pereira, do Ministério Público Militar, Carlos Roberto Mota Pelegrino, da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, do Ministério Público Federal, George Rodrigo Bandeira Galindo, da Advocacia-Geral da União, Gustavo Henrique Ribeiro de Meio, da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, da Secretaria de Estado dos Direitos Humanos, Rafael Koerig Gessinger, da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, Raquel Elias Ferreira Dodge, do Ministério Público Federal, Sylvia Helena Steiner, magistrada, atualmente integrando o Tribunal Penal Internacional, e Tarciso Dal Maso Jardim, membro do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, a quem coube a Coordenação dos trabalhos, por escolha dos membros do GT.

constitucional, penal e processual penal”. Em 25 de outubro de 2002, o Professor Tarciso Dal Maso Jardim, Coordenador do GT e Observador Internacional à Conferência de Roma, apresentou o Projeto de lei que “define o crime de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional e dá outras providências” ao Ministro da Justiça, acompanhado da respectiva Exposição de Motivos. O Projeto foi, então, encaminhado à Subchefia de Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, acompanhado de Exposição de Motivos Interministerial subscrita pelo Ministro de Estado da Justiça e pelo Secretário Especial dos Direitos Humanos.

Segundo Lorandi (2007, p.16), a Subchefia de Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, em 22 de março de 2004, solicitou elucidação sobre determinados pontos do texto, materializados na Nota SAJ nº 613/04-DCF, de 28 de novembro de 2003. Em suma, a Casa Civil requereu um maior detalhamento de novos institutos no Direito brasileiro, além da avaliação sobre legislação vigente que pudesse conflitar ou suscitar controvérsia com as disposições pretendidas, da definição precisa dos bens jurídicos tutelados pelos tipos penais, da utilização, tanto quanto possível, de expressões já consagradas no ordenamento jurídico nacional e do enfrentamento dos desafios constitucionais inevitáveis. Há que se ter em mente que nesta data, apesar de o Brasil já ter ratificado o Estatuto de Roma, ainda não existiam os §§ 3º e 4º do art. 5º da Constituição da República, introduzidos pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004. Além disso, a efetivação de uma lei deste escopo tende a suscitar confronto entre princípios e regras de Direito penal e processual penal interno com as exigências do Direito internacional, o que nem sempre se faz sem um esforço interpretativo. Esta demanda da Casa Civil visava facilitar a tramitação do futuro projeto de lei no Congresso Nacional, a fim de diminuir os prováveis questionamentos à sua aprovação.

Deste modo a Secretaria Especial dos Direitos Humanos decidiu constituir novo Grupo de Trabalho, pela Portaria nº 58, de 10 de maio de 2004, “com o objetivo de adequar o projeto de lei que visa à internalização do Tribunal Penal Internacional no ordenamento jurídico brasileiro às observações feitas pela Casa Civil na Nota SAJ nº 613/04-DCF, de 24 de março de 2004”¹⁶³.

¹⁶³ Na impossibilidade de constituí-lo com todos os membros da Comissão original, como pretendido pela SEDH, sua composição foi a seguinte: Adriana Lorandi, Vice-Procuradora-Geral do Ministério Público Militar, escolhida Coordenadora pelos demais membros, nos termos do parágrafo único do art. 2º da Portaria SEDH nº 58120045; Prof. Dr. Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros, Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores; Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos, Subprocurador-Geral da República e professor de Ciências Penais da Universidade de Brasília; Carlos Frederico de Oliveira Pereira, Subprocurador-Geral da Justiça Militar e professor de Ciências Penais da Universidade de Brasília; Carolina Yumi de Souza, Advogada da União; Denise Caldas Figueira, Advogada da União e Assessora da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil; Prof. Dr. Eugênio José Guilherme de Aragão, Subprocurador-Geral da República e professor de Ciências Penais

Em 19 de dezembro de 2006, após complexo labor, a Vice-Procuradora-Geral do Ministério Público Militar Adriana Lorandi, Presidente do Grupo de Trabalho, submeteu ao Ministro-Chefe da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República o Projeto de Lei que “dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional e dá outras providências”, acompanhado de extensa exposição de motivos, na qual são abordadas as opções estratégicas e doutrinárias efetuadas pelo GT, além de conter um sucinto resumo dos institutos de direito internacional penal e humanitário. Após a apreciação do Executivo, este por meio da mensagem de nº. 700, de 17 de setembro de 2008, submeteu o projeto ao Congresso Nacional ¹⁶⁴. Sob o regime de tramitação ordinário, em 23 de janeiro de 2009, a proposição, PL-4038/2008, encontrava-se sob exame da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

Em que pese às mudanças na Constituição supramencionadas e os esforços que estão sendo efetuados para a implementação do Estatuto de Roma, algumas questões foram (e para muitos ainda são) muito controvertidas e provocaram debates acirrados. Apresenta-se, a seguir, apenas as questões mais relevantes destes pontos com relação a ‘imprescritibilidade’, a ‘prisão perpétua’ e a ‘entrega de nacionais’, embora haja outras controvérsias como coisa julgada, foro privilegiado, imunidades, o indulto (*clementia principis*), entre outros.

5.2 – QUESTÕES CONTROVERSAS

5.2.1 – IMPRESCRITIBILIDADE

O artigo 29 do Estatuto de Roma estabelece que ‘os crimes da competência do Tribunal

e Direito Internacional Público da Universidade de Brasília; Prof. Dr. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, Advogado, membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) e professor de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo; Raquel Elias Ferreira Dodge, Procuradora Regional da República e representante da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão; e Tarciso Dal Maso Jardim, Consultor Legislativo do Senado da República e especialista em Direito Internacional. Durante os trabalhos desse Grupo de Trabalho, funcionou como Secretária Executiva a Assessora Internacional da SEDH, Cristina Timponi Cambiaghi, especialista em Direito Internacional dos Direitos Humanos. Cumpre, ainda, ressaltar que por iniciativa do GT, o qual entendeu ser desejável a participação de membros das Forças Armadas, efetuou esta solicitação a Secretaria Especial de Direitos Humanos, a qual expediu ofícios ao Ministro de Estado da Defesa. Em razão desses convites, oficiais das três Forças Armadas participaram ativamente de algumas reuniões do GT, trazendo importantes apartes para o resultado final ora apresentado, notadamente na definição dos crimes de guerra e quanto ao funcionamento da Justiça Militar em teatros de operações, uma vez que, entre eles, havia vasta experiência investigativa, jurídica, inclusive pela participação em Auditorias Militares, de assessoria parlamentar e de operações em missões internacionais de paz. (Lorandi. 2007, p.17)

¹⁶⁴ Documento disponível em < <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/600462.pdf> >, acesso em 23 de janeiro de 2009.

não prescrevem’, assim o crime de genocídio, o crime contra a humanidade, e o crime de guerra são imprescritíveis. Entretanto, no ordenamento jurídico pátrio há previsão constitucional de imprescritibilidade apenas para os casos de prática do racismo e para a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, de acordo com os incisos XLII e XLIV do artigo 5º respectivamente.

Assim parece haver uma inconsistência entre a Constituição e o Estatuto. Há que se notar que a imprescritibilidade, de certo modo, empresta perpetuidade à pena e que a prescritibilidade tem sido a regra absoluta no Direito Penal brasileiro, só excepcionada nos casos acima e por efeito de disposições constitucionais, que não incluem o genocídio, os crimes contra a humanidade nem os crimes de guerra. Pareceu reforçar essa tese o fato do Brasil não ter ratificado a Convenção das Nações Unidas sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e Crimes contra a Humanidade¹⁶⁵.

A este respeito nas discussões sobre sua implementação no Brasil, o Grupo de Trabalho supramencionado assim se posicionou:

“[...] prevaleceu o argumento de que os casos de imprescritibilidade enunciados pela Lei Maior traduziam imperativos ao legislador ordinário, sem obrigá-lo, nos demais casos, a admitir sempre a prescritibilidade. Afinal, não existe, nem por inferência, uma regra constitucional da prescritibilidade dos crimes. O fato de o legislador ordinário ter previsto a prescrição para todos os crimes, a exemplo do art. 109 do Código Penal e consoante uma tradição nos sistemas jurídicos de *civil law*, não lhe tolhe a opção de, em certos casos, instituir a imprescritibilidade. Mesmo no plano infraconstitucional, só existe a prescrição porque ela é expressamente prevista. A adoção reiterada de uma opção político-criminal não transforma a opção oposta em inconstitucional. As exceções constitucionais já mencionadas traduzem apenas uma restrição da opção do legislador nas hipóteses previstas”(Lorandi, 2007, p.41).

A respeito da não ratificação da Convenção das Nações Unidas sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e Crimes contra a Humanidade, Lorandi¹⁶⁶ (2007, p.43) salienta que o que pode ter induzido muitos Estados a não o fazerem é o contido no

¹⁶⁵ *United Nations Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity*, de 16 de dezembro de 1968 (U.N. Document NRES/2391 (XXIII) of December 9, 1968), adotada por Resolução da Assembléia-Geral em 26 de novembro de 1968, com 58 votos a favor, 7 contra e 36 abstenções (Brasil incluído), vigência em 11 de novembro de 1970. Ratificações e reservas efetuadas disponíveis em <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/ratification/6.htm#NN1>>., acesso em 22 de janeiro de 2009.

¹⁶⁶ Lorandi aponta que o texto de Christine Van den Wyngaert: *War Crimes. Genocide and Crimes Against Humanity: Are States Taking Nacional Prosecutions Seriously?* In: M. Cherif Bassiouni. *Internacional Law: III Enforcement*. 2. ed, p.232-238 também contém o relato da situação na França, Suíça, Alemanha, Bégica e Luxemburgo.

artigo 1º desta Convenção, o qual estatui que “Nenhuma limitação legal aplica-se aos seguintes crimes, independentemente da data do seu cometimento [...]”¹⁶⁷, cujo teor colidiria não somente com princípios do direito interno de diversos Estados, os quais consagram o princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa, mas também com tratados internacionais, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966¹⁶⁸ do qual o Brasil é parte, e cujo artigo 15.1 estabelece o princípio da irretroatividade da lei penal mais severa.

Schabas (2001, p.92-93) ao abordar o tema no plano internacional expressa sua convicção que o dispositivo do artigo 29 do Estatuto de Roma está dirigido às legislações nacionais, e efetua sua análise nos seguintes termos:

O Estatuto de Roma declara que os crimes da jurisdição do Tribunal não estão sujeitos à prescrição. Como não há nenhuma previsão de prescrição no Estatuto mesmo, parece que o art. 29 está mais dirigido à legislação nacional. Muitos sistemas penais nacionais prevêm a prescrição de crimes, mesmo os mais graves. No direito francês, por exemplo, a persecução penal por homicídio fica impedida após dez anos. Códigos derivados do modelo napoleônico geralmente contêm previsões semelhantes. No seu julgamento em Israel em 1961, o criminoso de guerra nazista Adolf Eichmann invocou o prazo prescricional de quinze anos vigente na Argentina, de onde ele havia sido seqüestrado. A Corte Distrital de Jerusalém decidiu que as normas argentinas não eram aplicáveis, aduzindo uma referência à legislação israelense aplicável, a qual estabelecia que ‘as regras de prescrição... não se aplicam aos crimes definidos nesta lei’.

A oposição internacional à prescrição para crimes de guerra, crimes contra a humanidade e genocídio assumiu as formas de resoluções da Assembléia-Geral e tratados tanto no âmbito das Nações Unidas quanto do Conselho da Europa. Mas os tratados não tiveram um grande êxito em termos de assinaturas e ratificações; o documento das Nações Unidas ainda conta apenas com quarenta e três Estados-Parte. O baixo índice de adesão à Convenção das Nações Unidas tem inspirado parte da doutrina a contestar a afirmação do caráter consuetudinário dessa norma. Não obstante, no caso *Barbie, a Cour de cassation* francesa decidiu que a proibição de prescrição para crimes contra a humanidade já é parte do direito costumeiro.

¹⁶⁷ Texto original disponível em <<http://www2.ohchr.org/english/law/warcrimes.htm>, acesso em 27 de janeiro de 2009.

¹⁶⁸ Adotado pela Resolução n.º 2.200-A da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966. Aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 226, de 12.12.1991. Ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. Em vigor no Brasil em 24.4.1992. Promulgado pelo Decreto n.º 592, de 6.7.1992. Artigo 15 §1. “Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que não constituam delito de acordo com o direito nacional ou internacional, no momento em que foram cometidos. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinqüente deverá dela beneficiar-se”. Disponível em http://www.interlegis.gov.br/processo_legislativo/copy_of_20020319150524/20030616104212/20030616113554, acesso em 27 de janeiro de 2009.

Parece que o art. 29 do Estatuto é parte da complexa relação existente entre os sistemas judiciais nacional e internacional. Ele atua como uma barreira para que Estados recusem a entrega de perpetradores com base em que o crime esteja prescrito segundo sua legislação interna. Mais do que isto, o art. 29 acaba por consolidar a proibição de prescrição que os tratados falharam em estabelecer.”

Alinhado, portanto, a esta opção internacional materializada pela imprescritibilidade dos crimes mais graves que afetam a comunidade internacional, o Projeto em tramitação no Congresso Nacional para implementação do Estatuto de Roma no Brasil propõe em seu artigo 11 que “os crimes de genocídio, contra a humanidade e de guerra são imprescritíveis e insuscetíveis de anistia, graça, indulto, comutação ou liberdade provisória, com ou sem fiança”.

5.2.2 – PRISÃO PÉRPETUA

Esta foi uma das questões mais discutidas em Roma, entre a corrente que desejava impor a pena de morte e a que não aceitava a prisão perpétua. A primeira, que incluía vários Estados de sistema *common law* e islâmicos, cuja legislação já contempla a pena de morte, sustentava que em virtude da gravidade dos crimes internacionais, a repressão atende mais a finalidades retributivas que a de prevenção especial. Em oposição, os Estados, entre eles o Brasil, que defendiam uma pena rigorosa, porém com limites fixos, alegavam que documentos das Nações Unidas, de longa data, recomendam não somente a abolição da pena de morte nos Estados que a adotam, mas também que nenhum Estado introduza este tipo de pena em seu ordenamento jurídico. Sublinhavam que seus próprios ordenamentos jurídicos, quando não vedavam constitucionalmente a pena de morte, posicionavam-se contrários a esta possibilidade. Pelos mesmos motivos, opunham-se com veemência à prisão perpétua, que, tal qual a pena de morte, tem por premissa a irrecuperabilidade do indivíduo (Lorandi, 2007, p.39).

Internamente, esta controvérsia advém da possível colidência dos conteúdos dos artigos 77 do Estatuto de Roma e do artigo 5º da Constituição da República de 1988, apresentados na tabela 1:

Tabela 1 Comparação entre o conteúdo do artigo 5º da CF 88 e do artigo 77 do Estatuto de Roma.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988	ESTATUTO DE ROMA
<p style="text-align: center;">Art. 5o [...]</p> <p>XLVII – não haverá penas:</p> <p>a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;</p> <p>b) de caráter perpétuo;</p> <p>c) de trabalhos forçados;</p> <p>d) de banimento;</p> <p>e) cruéis.</p>	<p style="text-align: center;">Artigo 77 Penas Aplicáveis</p> <p>1. Sem prejuízo do disposto no artigo 110, o Tribunal pode impor à pessoa condenada por um dos crimes previstos no artigo 5º do presente Estatuto uma das seguintes penas:</p> <p>a) Pena de prisão por um número determinado de anos, até ao limite máximo de 30 anos; ou</p> <p>b) Pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem.</p>

Ao discorrer sobre este assunto STEINER (1999, p.214) aponta que:

“Se tal previsão constitucional aplica-se ou não aos delitos internacionais, ou às decisões proferidas por Cortes internacionais, é matéria a exigir o mais sensato exame. Afinal, é também princípio inscrito no texto constitucional o de que o país se rege, no plano internacional, pela prevalência dos direitos humanos. Cogitar-se da hipótese de que a vedação constitucional dirige-se apenas ao legislador interno, não impedindo assim a submissão do país e de seus nacionais às previsões de uma Corte supranacional, não é de ser afastado de plano. As normas de direito penal da Constituição regulam o sistema punitivo interno. Dão a exata medida do que o constituinte vê como justa retribuição. **Não se projeta, assim, para outros sistemas penais aos quais o país se vincule por força de compromissos internacionais**”.(grifo nosso)

Assim dado que o Brasil assumiu compromisso constitucional de se submeter ao TPI, e que este não admite reservas, a qual teria sido uma possível solução, há que se buscar uma ‘interpretação’ que concilie estas duas posições. Assim uma possibilidade é está supramencionada pela juíza Steiner, onde esta norma é dirigida apenas ao legislador interno, para os crimes reprimidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, e não contra os reprimidos pela jurisdição internacional.

Em oposição a este linha de pensamento dos juristas do Grupo de Trabalho, da juíza

Steiner, de Dal Maso Jardim ¹⁶⁹, entre outros, posicionaram-se Cernicchiaro, Bittencourt¹⁷⁰ Luisi¹⁷¹, Japiassú, entre outros.

Ao efetuar análise entre este possível conflito de normas Cernicchiaro (2000, *passim*) salienta que se deve levar em consideração o ponto de vista material do direito, uma vez que este tende a um constante aperfeiçoamento. Argumenta ser a prisão perpétua incompatível com as normas constitucionais brasileiras, pois quaisquer possibilidades legais de modificação da Carta Magna no intuito de nela incluir essa forma de prisão encontram-se constitucionalmente bloqueadas¹⁷². Assim se pronuncia: “é juridicamente impossível introduzir no Brasil, seja a pena de morte fora de guerra, seja a prisão perpétua” (Cernicchiaro, 2000, p.5).

Japiassú (2004, p. 203) sustenta que caso se partisse do pressuposto de que prevalecem na ordem jurídica interna os tratados de Direitos Humanos, no tocante à pena de prisão perpétua, tal prevalência não possuiria sustentação em razão da norma internacional ser “menos benéfica que a nacional, o que contraria a lógica do preceito. Não pode ter validade a norma que menos protege os direitos humanos, superando a mais protetora.”. Afirma, então, que não haveria como adequar a Constituição às regras do Tribunal, o que implicaria em sua modificação.

¹⁶⁹ Tarciso Dal Maso Jardim. O Brasil e o direito internacional dos conflitos armados. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006, p 37-41.

¹⁷⁰ O autor considera que a pena de prisão perpétua, prevista no Estatuto do Tribunal Penal Internacional, é constitucionalmente vetada no Brasil, e que sua adoção pelos países onde se verifica essa vedação constitucional significaria um retrocesso. Ao mesmo tempo, reconhece o prestígio e a legitimidade do Tribunal Penal Internacional, sugerindo a revisão de seu Estatuto, a fim de solucionar esse entrave. Bittencourt, C.. Pena de prisão perpétua. Revista CEJ, América do Norte, 410 08 2000. Disponível em <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/346/548>, acesso em 27 de janeiro de 2009.

¹⁷¹ Este autor conclui serem insuperáveis os óbices à ratificação, por parte do Brasil, do Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional, uma vez que o mesmo, não admitindo ratificação com reservas, prevê a reclusão perpétua e ainda não individualiza a pena para cada um dos tipos penais nele previstos, dois dispositivos que, no entender do autor, não podem ser alterados mediante emenda constitucional, mas somente com a revogação da atual Carta Magna. Luisi, L. Pena de prisão perpétua. Revista CEJ, América do Norte, 410 08 2000. Disponível em <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/346/548>, acesso em 27 de janeiro de 2009.

¹⁷² Cita o pensamento de Luiz Flávio Gomes, que ao analisar a possibilidade de modificação da Carta Política para eventual introdução dessas duas espécies de sanção penal, examina a emenda constitucional, a revisão criminal, a lei ordinária e o plebiscito. Quanto à primeira, acha-se bloqueada pelo que está previsto no art. 60, § 4º, inc. IV, da Carta Política, que cuida de uma das chamadas cláusulas pétreas, ou seja, normas supraconstitucionais. Referida norma constitucional proíbe a deliberação de qualquer proposta de emenda tendente a abolir os "direitos e garantias individuais". Quanto à revisão constitucional, o art. 3º das Disposições Transitórias acrescenta que aquela é um poder criado pela Constituição e regulado por ela, dessa forma, constituído e não "constituente". Se assim não pode dispor contra suas opções fundamentais, não é um poder de fazer nova Constituição, senão o de guardá-la e defendê-la, propiciando a sua acomodação às novas conjunturas. Com relação à lei ordinária, o projeto nasceria com o vício de inconstitucionalidade. Por fim, o plebiscito que está contemplado no art. 49, inc. XV, também não é idôneo – acrescenta o ilustre Prof. paulista, indiscutivelmente uma das grandes inteligências da atualidade jurídico-penal brasileira –, porque a prisão perpétua não pode ser reconhecida sequer pela emenda à Constituição. Daí, enfaticamente, concluir que todas as vias aventadas acham-se bloqueadas.

A solução possível, negociada, entre os dois grupos opostos por ocasião da Conferência de Roma foi a positivada no artigo 77 supramencionado, onde a regra geral é a pena de reclusão até 30 anos, sendo a pena de prisão perpétua exceção, e somente é aplicável se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem. Ademais, foi incluído no artigo 110, o qual dispõe sobre o Reexame pelo Tribunal da Questão de Redução de Pena, o reexame necessário após 25 anos de cumprimento de pena de caráter perpétuo, a saber:

Artigo 110 - Reexame pelo Tribunal da Questão de Redução de Pena
[...]

3. Quando a pessoa já tiver cumprido dois terços da pena, ou 25 anos de prisão em caso de pena de prisão perpétua, o Tribunal reexaminará a pena para determinar se haverá lugar a sua redução. Tal reexame só será efetuado transcorrido o período acima referido.

Cumprido ressaltar que o Estatuto de Roma não obriga os Estados-Parte a introduzirem a prisão perpétua em seus direitos internos, entendimento negociado e positivado no artigo 80, o qual dispõe sobre a não interferência no regime de aplicação de penas nacionais e nos direitos internos, a saber: “Nada no presente Capítulo prejudicará a aplicação, pelos Estados, das penas previstas nos respectivos direitos internos, ou a aplicação da legislação de Estados que não preveja as penas referidas neste capítulo”. Entretanto, obriga os Estados-Parte, em razão da proibição de reservas, a cooperarem com o TPI, inclusive, no limite a entregar-lhe cidadãos seus, que poderão ser condenados à prisão perpétua.

Sublinha-se que com fundamento no princípio da complementaridade, o qual prestigia a soberania estatal, prioritariamente os casos envolvendo nacionais, em regra, serão julgados pelo Brasil à luz do seu direito interno, assim nenhum juiz ou tribunal brasileiro poderá aplicar, como sanção penal, a pena de prisão perpétua, por expressa vedação legal. Contudo, quando se trata de extraditar um acusado para ser processado e julgado por outro Estado soberano, o Supremo Tribunal Federal havia formado jurisprudência no sentido de ser admitida a extradição para país que adota a prisão perpétua. Neste sentido temos a decisão no procedimento de Extradicação 693, no qual se ressaltou que “a cominação de prisão perpétua ao delito de homicídio prevista em legislação penal estrangeira, não inviabiliza a extradição, consoante reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal” (Pereira, 2003, p.15).

Porém, este posicionamento do STF foi alterado em julgamento ocorrido em 2004¹⁷³ e a jurisprudência atual tem exigido a comutação da pena de prisão perpétua por pena de reclusão de no máximo 30 anos¹⁷⁴. Por analogia poder-se-ia argumentar que esta condição também seria aplicável ao TPI. Ressalta-se que este condicionante diz respeito ao procedimento de extradição que se faz entre Estados soberanos, e não com relação a questão da entrega, a qual será aprofundada no próximo item, que se insere no contexto da cooperação com o Tribunal Penal Internacional.

Há outro forte argumento no sentido que não há incompatibilidade entre as normas uma vez que a vedação constitucional de pena privativa de liberdade de caráter perpétuo não é absoluta, pois admite a pena de morte para crimes militares em tempo de guerra. Os crimes sob jurisdição do Tribunal, que contém inclusive figuras penais semelhantes às previstas em nosso Código Penal Militar, são os de maior gravidade e atingem a humanidade em seu conjunto, assim muitas condutas já eram vedadas pelo ordenamento jurídico pátrio, e em tempo de guerra, a pena capital pode ser cominada. Assim se pena mais grave é compatível com nosso ordenamento jurídico, face a previsão constitucional, a possibilidade da pena de caráter perpétuo ser aplicada por um Tribunal Internacional ao qual o Brasil tenha manifestado adesão não colide com a Constituição.

Sublinha-se que o legislador brasileiro, em duas ocasiões, já se manifestou pela constitucionalidade do Tratado de Roma: ao ratificá-lo¹⁷⁵ e ao aprovar a Emenda Constitucional n° 45, de 2004, quando introduziu o § 4° no art. 5°, submetendo o Brasil à

¹⁷³ “Extradição. Prisão Perpétua. Compromisso de Comutação. O Tribunal, por unanimidade, deferiu pedido de extradição formulado pelo Governo do Chile, para entregar nacional chileno condenado, naquele País, a duas penas de prisão perpétua, pela prática dos crimes de extorsão mediante seqüestro, formação de quadrilha e homicídio, todos qualificados como delitos de natureza terrorista. [...] Ressaltou-se que, apesar desse contexto, o deferimento da extradição dependeria do Estado requerente assumir o compromisso de comutar, em pena não superior a trinta anos de reclusão, as penas de prisão perpétua impostas ao extraditando, uma vez que a regra contida na alínea b do inciso XLVII do art. 5° da CF, que veda a cominação de penas de caráter perpétuo, precederia a outras de ordem convencional ou legal. Assim, condicionou-se, por maioria, a entrega do extraditando à comutação das penas de prisão perpétua em penas de prisão temporária de no máximo trinta anos, observados, desde que assim o entenda o Presidente da República, os arts. 89 e 67 da Lei 6.815/80. Vencidos, nesse ponto, os Ministros Carlos Velloso e Nelson Jobim, Presidente, que não admitiam a ressalva por entender que não se poderiam estabelecer restrições oponíveis à ordem jurídica do país requerente.” STF, EXT 855/República do Chile, julg. 26.08.2004, Informativo no 358 do STF.

¹⁷⁴ “Extradição. Passiva. Pena. Prisão perpétua. Inadmissibilidade. Necessidade de comutação para pena privativa de liberdade por prazo não superior a 30 (trinta) anos. Concessão com essa ressalva. Interpretação do art. 5°, XLVII, "b", da CF. Precedentes. **Só se defere pedido de extradição para cumprimento de pena de prisão perpétua, se o Estado requerente se comprometa a comutar essa pena por privativa de liberdade, por prazo ou tempo não superior a 30 (trinta) anos**”. Ext 1104. Ext 1104, Relator (a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 14/04/2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=extradição%20prisão%20perpétua%20comutação&base=baseAcordaos>>, acesso em 28 de janeiro de 2009.

¹⁷⁵ As informações a respeito dos Estados Parte estão disponíveis no sítio oficial do TPI :< <http://www.icc-pi.int/asp/statesparties/country&id=28.html>> acesso em 20 de dezembro de 2008.

jurisdição do TPI. Há que ter em mente que um direito individual não pode prevalecer frente a um direito coletivo. Neste sentido, em defesa desta compatibilidade, dentro de uma hermenêutica sistêmica da constituição, Lorandi (2007, p.40) argumenta que:

“[...] se o ADCT, em seu art. 7º, impôs ao Estado brasileiro a missão de "propugnar" pela formação de um tribunal internacional dos Direitos Humanos, seria pouco compreensível que, diante de um tribunal realmente existente, negasse sua adesão, colocando em patamar mais alto um direito individual, em detrimento do objetivo maior, também proclamado no art. 4º, II, da Constituição, da prevalência dos Direitos Humanos como princípio regente da República Federativa do Brasil nas relações internacionais”.

Outro questionamento diz respeito à possibilidade de cumprimento da pena de prisão perpétua no território brasileiro pela via da cooperação com o TPI. Dispõe o artigo 75, caput, do Código Penal Brasileiro que o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos no Brasil. Esta hipótese é possível desde que o Brasil assim manifeste a sua disponibilidade para receber pessoas condenadas a pena de prisão perpétua. O próprio Estatuto dispõe que ao declarar a sua disponibilidade para receber pessoas condenadas, um Estado poderá formular condições acordadas com o Tribunal, conforme dispõe o artigo 103,1, b. Deste modo, o Brasil, caso tenha interesse em recebê-las pode fazê-lo mediante o condicionante de limite temporal de cumprimento máximo em território nacional de 30 anos, após o qual este preso deverá ser transferido para outro Estado-parte, nos termos do estatuído no artigos 103 e 104 do Tratado de Roma. Ressalta-se que este limite no Brasil não é absoluto uma vez que o Direito brasileiro admite que as causas de aumento de pena elevem o tempo de cumprimento para além dos 30 anos¹⁷⁶.

5.2.3 – ENTREGA DE NACIONAIS

Esta foi outro ponto bastante controvertido por ocasião das discussões em Roma. Em virtude do TPI não exercer o domínio pleno de todo o ciclo persecutório¹⁷⁷, houve intensas negociações a respeito da temática da cooperação com o Tribunal Penal. Os únicos tribunais penais internacionais que exerceram este domínio completo foram o Tribunal Militar Internacional (Nuremberg), e o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente

¹⁷⁶ Como, por exemplo, a pena máxima para o homicídio qualificado praticado contra pessoa menor de 14 ou maior de 60 anos pode atingir 40 anos de reclusão, em razão da causa de aumento obrigatória introduzida pelo § 4º, segunda parte, do artigo 121 do Código Penal.

(Tóquio). Isto foi possível em virtude das razões históricas ao final da II Grande Guerra, onde os Estados vencedores exerciam o domínio sobre o território dos Estados vencidos, e assim dispunham dos meios necessários para o cumprimento das suas decisões.

O TPI, tal qual os tribunais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e para Ruanda, só pode desempenhar suas funções se houver a cooperação dos Estados em cujo território o crime foi perpetrado ou em que a prova, os acusados, os suspeitos e as vítimas encontram-se, pois não dispõe de poder coercitivo para implementar suas decisões, e tampouco poderes para diligenciar no território do Estado-parte, sem a intermediação deste.

Neste sentido O Estatuto de Roma, em sua Parte IX, dos artigos 86 a 102, estabeleceu dispositivos referentes a Cooperação Internacional e Auxílio Judiciário dos Estados-Parte ao Tribunal. Em linhas gerais, convencionou que os Estados têm obrigação de cooperar plenamente com o Tribunal no inquérito e no procedimento contra crimes da competência deste, e não há previsão de recusa a esta solicitação.

Maia (2001, p.97) ressalta que o tema da cooperação relativa à entrega foi muito polêmico já que alguns Estados não possuem esta figura jurídica em sua legislação e outros não admitem a extradição de nacionais, como o Brasil. E este obstáculo se não fosse contornado poderia gerar a paralisia do TPI. Assim vemos este aparente conflito de normas entre o Estatuto e a Constituição Brasileira, apresentado na tabela 2:

Tabela 2 Comparação entre o conteúdo do artigo 5º da CF 88 e do artigo 89 do Estatuto de Roma.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988	ESTATUTO DE ROMA
<p style="text-align: center;">Art. 5o [...]</p> <p>LI – nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei.</p>	<p style="text-align: center;">Art. 89 Entrega de Pessoas ao Tribunal</p> <p>1. “O Tribunal poderá dirigir um pedido de detenção e entrega de uma pessoa, [...], a qualquer Estado em cujo território essa pessoa se possa encontrar, e solicitar a cooperação desse Estado na detenção e entrega da pessoa em causa. [...]”.</p>

Assim face à obrigação de cooperar plenamente com o Tribunal e a impossibilidade de extradição de nacionais, que se insere no rol dos direitos fundamentais e por força do dispositivo constitucional do artigo 60, § 4, IV, é cláusula pétrea, argumentou-se que este

¹⁷⁷ Constatação, investigação, acusação, processo, julgamento e execução da pena.

seria um vício insuperável, o qual impedia a ratificação e submissão do Brasil ao TPI. Entretanto, faz-se necessário uma verificação mais acurada com relação aos institutos da extradição e da entrega.

De acordo com Accioly (2002, p.398) a extradição ‘é o ato pelo qual um Estado entrega a outro indivíduo acusado de haver cometido crime de certa gravidade ou que já se ache condenado por aquele, após haver-se certificado de que os direitos humanos do extraditando serão garantidos”.

A extradição é o mais tradicional de todos os instrumentos de cooperação internacional penal, cujas origens remontam ao tratado de paz entre Ramsés II, faraó do Egito, e Hatussili, rei dos Hititas, em 1280 a.C. Sua natureza jurídica é de um instrumento processual de cooperação internacional na luta contra a impunidade, que se desenvolve entre dois Estados , com a intervenção do extraditando, de acordo com os tratados e convenções, o costume, a promessa de reciprocidade e a lei interna do país envolvido (Japiassú, 2004, p. 211-212).

Assim, por extradição (*‘extradition’*) compreende-se a entrega de um indivíduo acusado de ter cometido delito de um Estado para outro Estado, competente para julgá-lo ou puní-lo.

Por outro lado, o instituto da entrega (*‘surrender’*) diz respeito à cooperação com um Tribunal penal Internacional a quem soberanamente o Brasil decidiu se submeter. Não se trata de uma relação entre Estados, os quais se encontram no mesmo plano nas relações internacionais, e sim de uma relação entre um Estado e um organismo internacional, cuja construção teve a participação do Brasil.

A fim de dissipar eventuais discussões a respeito destes institutos, em Roma decidiu-se incluir esta distinção no Estatuto, positivada no artigo 102:

Artigo 102

Termos Usados

Para os fins do presente Estatuto:

- a) **Por "entrega", entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal** (grifo nosso) nos termos do presente Estatuto.
- b) **Por "extradição", entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado** (grifo nosso) conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno.

Da inteligência do artigo 102 depreende-se que são dois institutos jurídicos distintos, com conteúdos próprios, cuja diferenciação repousa exatamente na pretensão de sanar as

restrições a extradição, particularmente a não extradição de nacionais, consagradas constitucionalmente em diversos Estados, entre eles o Brasil.

Durante a da Conferencia de Roma, a respeito deste impasse, como observador internacional, Dal Maso Jardim (2006, p.32-33), contestou a posição assumida pelo Brasil contrária a entrega de nacionais (posteriormente revertida) em avulso intitulado “*The Internacional Criminal Court: Brazil and the Question of Estradition*” (O Tribunal Penal Internacional: Brasil e a Questão da Extradição), entre outros motivos por que:

1. a antiga extradição reporta-se á entrega de pessoa, submetida à sentença penal (provisória ou definitiva), de uma jurisdição soberana a outra. Já o instituto criado pelo Estatuto versa sobre entrega *sui generis*, em que um Estado transfere determinada pessoa para jurisdição internacional penal que ajudou a construir. **A Constituição brasileira certamente não se refere a esse caso especial, por impossibilidade lógica e de vaticínio.** (grifo nosso)
2. o art. 7º das disposições transitórias da CF/88 propugna pela criação de Tribunal Internacional de Direitos Humanos [...] o Tribunal Penal aproxima-se do projeto constitucional brasileiro.

O ponto comum dos institutos é que em ambos, na extradição para outro Estado ou entrega a uma Organização Internacional de direitos humanos, se faz necessário à cooperação dos Estados-Parte. Deste modo, então, caso o acusado ou condenado pelo TPI seja titular de nacionalidade brasileira, sua entrega ao tribunal não estaria violando norma constitucional, pois não estaria sendo extraditado para outro Estado, mas colocado à disposição de uma Organização Internacional de direitos humanos.

Assim o que se deve perceber é que a entrega de nacionais não conflita com a soberania nacional, pois a jurisdição do TPI é complementar às jurisdições nacionais, ou seja, uma extensão da jurisdição do Estado-parte. Deste modo mister se faz enfatizar que o TPI é um órgão jurisdicional integrante da estrutura judicial brasileira, percepção pela qual afasta-se qualquer óbice relativo a constitucionalidade do instituto, não somente pela ratificação efetuada pelo Brasil, mas também pela inclusão do § 4 no artigo 5º efetuada pela Emenda Constitucional nº. 45, de 2004, o qual dispõe que ‘o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão’.

Destarte, ultrapassado, em tese, a questão da consitucionalidade, ainda se faz necessário, ao Brasil disciplinar o modo pelo qual as autoridades domésticas prestarão auxílio ao TPI na investigação e na instrução do processo, na entrega e transferência de pessoas, na proteção das vítimas e testemunhas e na execução das penas impostas pelo Tribunal, afim de

não suscitar questionamentos relativos à competência sobre estas matérias.

Elucidados, portanto, os principais pontos controversos entre o Estatuto de Roma e a Constituição da República de 1988, encerra-se a pesquisa no próximo capítulo com as conclusões proporcionadas pela análise do problema proposto na introdução.

6.0 - CONCLUSÕES

A construção do Direito Internacional Humanitário ao longo dos anos tem envolvido questões éticas e morais, associadas à busca de limites para os sofrimentos causados pela guerra, conjuntamente com a necessidade de se admitir a existência de conflitos armados. Percebe-se, assim, a dialética como traço marcante da trajetória deste direito. O ordenamento jurídico que foi construído no século passado impôs restrições ao uso ilimitado de força, mesmo em situações extremas como a dos conflitos armados. Tal processo exemplifica a possibilidade de se alcançar um denominador comum entre normas de interesse recíproco e normas de inspiração ética.

Dentro deste contexto, a instituição de uma jurisdição penal internacional envolveu, também, elementos tanto de utopia, quanto de realidade, corroborando o pensamento de Aron para quem as duas concepções teóricas realismo/maquiavelismo e idealismo/kantismo não são contraditórias, mas complementares. Esta concretização, materializada em diversos Atos Internacionais, reforça a progressiva ampliação da esfera normativa decorrente da coordenação de interesses (visão grociana) e da esfera de valores (visão kantiana), com a conseqüente redução do âmbito de prevalência da violência e do poder (visão hobbesiana).

Neste sentido, investigou-se os principais antecedentes do TPI, a saber: O Tribunal Internacional Militar de Nuremberg; o Tribunal Internacional Militar para o Extremo Oriente; o Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia (TPIY) e o Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR). Destacou-se a principal contribuição do Tribunal de Nuremberg para o Direito Penal Internacional, a qual consistiu na implementação da idéia de responsabilidade penal dos indivíduos por crimes contra a paz, contra a humanidade e crimes de guerra, no plano internacional, pois perante esta corte internacional os particulares compareceram como responsáveis por suas condutas e responderam por seus crimes, sem o escudo protetor do Estado. Ainda que suas condutas estivessem em consonância com suas leis nacionais, estes agentes poderiam ser responsabilizados pela prática de crimes cujos

resultados transcenderiam as fronteiras deste mesmo Estado, vindo a atingir bens jurídicos cuja proteção interessa a toda comunidade internacional, como a preservação da vida humana coletivamente considerada. Assim, pós-Nuremberg, crimes como o genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade, não podem mais ser vistos como condutas que afrontam somente os ordenamentos jurídicos internos, de exclusivo interesse de cada Estado.

Salientou-se que as críticas que foram efetuadas a estes tribunais militares, particularmente de Nuremberg e Tóquio, entre as quais podemos citar: a de serem tribunais ‘*ad hoc*’, de representarem uma justiça dos vencedores sobre os vencidos, ou seja, uma justiça ‘*à la carte*’, além do desrespeito ao princípio da legalidade, não prosperaram. E embora reconheçamos o mérito destes argumentos, estes não descaracterizam a importância histórica destas cortes, e que estas críticas não se sustentam quando confrontadas com a dimensão axiológica da vida humana e à luz dos atos praticados pelos réus. Nuremberg e Tóquio não criaram uma atmosfera de injustiça, com julgamentos em massa, pelo contrário, concentraram-se em indivíduos específicos, aos quais foram imputadas condutas que não encontravam amparo na sociedade internacional.

Constatou-se que o TPI, de caráter permanente, foi criado em 1998 na Conferência de Plenipotenciários das Nações Unidas em Roma, em atendimento a uma demanda antiga da comunidade internacional. Este processo foi negociado durante meses, e o êxito obtido representa o tribunal possível e não o idealizado, corroborando a tese de uma ‘*via media*’, que deve ser costurada, entre utopia e realidade.

Deste modo, como fatores que possibilitaram o surgimento deste Tribunal Penal Internacional permanente, apontamos: o fim da guerra fria; a globalização e a interdependência; e as tendências de fragmentação liberadas pelo fim da guerra fria que levaram à irrupção de conflitos, em que ocorreram catástrofes humanitárias, ameaçando a ordem jurídica e pondo em risco a paz e a segurança internacionais reforçando assim a opinião dos Estados, de outros atores internacionais e da opinião pública a favor da sanção do Direito Internacional.

Estes massacres pós-Guerra Fria provocaram a indignação da comunidade internacional, e assim propiciaram as condições necessárias para que num curto período fossem criados os tribunais criminais *ad hoc* para a antiga Iugoslávia (1993) e para Ruanda (1994) supramencionados. Estes tribunais foram instituídos por decisão do Conselho de Segurança, órgão político da ONU. Na mesma ocasião, criaram-se também tribunais mistos - nacionais e internacionais - para o restabelecimento da paz e da justiça em Estados arrasados por guerra civil ou lutas de libertação colonial, a exemplo de Timor Leste, Serra Leoa e

Camboja. Estes dois modelos de justiça, no entanto, pecavam por seu caráter *ex post facto* e por vícios de origem, já que se tratavam de tribunais instituídos heteronomamente, ainda que pela comunidade internacional, muitas vezes sem o consentimento dos jurisdicionados nem de seus governos e sem levar em consideração o direito interno de cada Estado. Este modelo de jurisdição internacional colidia frontalmente com a soberania estatal e se tornou alvo de duras críticas. Entre as quais as seguintes: em razão destes terem sido estabelecidos pelo Conselho de Segurança da ONU e não por um tratado internacional; por terem primazia face às Cortes nacionais competentes; e, também a pelo fato da competência do Tribunal dizer respeito a crimes relacionados a conflitos armados internacionais e o casos da Iugoslávia e de Ruanda serem conflitos armados de caráter interno. Estas alegações foram afastadas pelo Tribunal e os julgamentos levados a cabo.

Estes tribunais, ICTR e ICTY, continuam com seus trabalhos nos dias de hoje. Entre outros aspectos dignos de registro, como contribuição positiva destes Tribunais sublinha-se o progressivo entrelaçamento entre os sistemas do '*common law*' e do '*civil law*', bem como representaram e ainda constituem importante subsídio para a estrutura e para a prática forense do TPI permanente, e, além disso, propiciaram as condições necessárias para as discussões que culminaram com a Conferência de Roma.

Verificou-se que o TPI entrou em vigor em 01 de julho de 2002, isto é, no primeiro dia do mês subsequente ao transcurso de 60 dias da data em que o 60º Estado depositou seu instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão. O Brasil foi o 69º Estado a ratificar o Estatuto, em 14 de junho de 2002. Até janeiro de 2009, 108 Estados ratificaram o Tratado, de um total de 139 que o assinaram.

Pela primeira vez na história, com a entrada em vigor do Estatuto de Roma criou-se, uma corte penal internacional independente e permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes internacionais de maior relevância, com competência para julgar as pessoas acusadas dos crimes mais graves que tocam a comunidade internacional, a saber: crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra.

Sublinhou-se que o TPI não é um tribunal supranacional, e sim internacional, em virtude de ter sido criado pelo acordo de vontades de Estados soberanos, através do instrumento apropriado, o tratado. Assim, passa a figurar na jurisdição dos Estados que o aceitarem, mas sem se converter numa instância a mais na sistemática recursal de cada ordenamento jurídico-processual, pois atuará somente quando houver deliberada omissão ou total impossibilidade de atuação do Poder Judiciário nacional. Importante ressaltar que as decisões do Tribunal não desfazem e, tampouco, reformam ato judicial interno, pois inexistem

hierarquia funcional entre os tribunais internos e internacionais; não se trata de uma Corte de Cassação e nem de uma eventual instância superior às nacionais. Para impedir o acionamento do TPI é desejável, que cada Estado-Parte inclua em seu ordenamento jurídico os instrumentos adequados que afaste a jurisdição do TPI, adequando sua legislação de modo a criar as condições necessárias para eventuais julgamentos por tribunais do país.

Apurou-se que o princípio da complementaridade é um dos aspectos mais importantes do Estatuto de Roma. Sua finalidade é assegurar que o TPI exerça o papel que lhe é atribuído sem interferir indevidamente com os sistemas jurídicos nacionais, a quem continua a incumbir a responsabilidade primária de investigar e processar os crimes. Ao contrário dos tribunais '*ad hoc*', que são concorrentes e tem primazia sobre as cortes nacionais, o TPI tem caráter excepcional e complementar. Somente aplicar-se-á aos crimes de extrema gravidade nele definidos e é mediante este princípio que esta corte poderá, em longo prazo, dar sua mais importante contribuição, ao incentivar os Estados a dotar seus sistemas judiciais dos instrumentos normativos e processuais capazes de aplicar a justiça de forma eficaz e equânime, nos casos dos crimes previstos no Estatuto. O Brasil tem caminhado neste sentido, buscando adaptar a legislação interna ao Estatuto; como mencionado há um Projeto de Lei o qual "dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional e dá outras providências" em tramitação no Congresso Nacional.

E, deve se reconhecer, que por mais bem dotado que o Tribunal venha a ser em relação a meios de investigação e de fazer cumprir suas decisões, a natureza de coordenação do Direito Internacional, diversamente da natureza de subordinação que rege o direito interno, impõe que a jurisdição internacional conte com a ativa cooperação dos Estados-Parte. Estes ao aderir ao estatuto se obrigam pela consagrada norma de origem costumeira '*pacta sunt servanda*'. O TPI ou seu Procurador não dispõe de mecanismos de coerção, de uma polícia judiciária, que seja capaz de impor suas decisões pela força.

Neste sentido está estatuído que se um Estado-Parte recusar um pedido de cooperação formulado pelo Tribunal, impedindo-o assim de exercer os seus poderes e funções, o Tribunal poderá elaborar um relatório e remeter a questão à Assembléia dos Estados-Parte ou ao Conselho de Segurança, quando tiver sido este a submeter o fato ao Tribunal, da mesma forma procederá se, após a celebração de um convênio '*ad hoc*' ou de um acordo com o Tribunal, um Estado que não seja Parte no Estatuto se recusar a cooperar nos termos de tal convênio ou acordo.

Salientou-se que o TPI distingue-se da Corte Internacional de Justiça (CIJ), antiga Corte Permanente de Justiça Internacional, a qual tem um perfil completamente diferente, pois não possui competência criminal. A CIJ é um órgão da Organização das Nações Unidas (ONU) que decide disputas entre Estados. O TPI é uma instituição independente, vinculada, mas não subordinada a ONU, e é uma corte tipicamente penal, que tem como função principal julgar as pessoas acusadas de cometer crimes de guerra, contra a humanidade e de genocídio, com base na culpabilidade e na responsabilidade individual.

Ressaltou-se que os crimes de guerra distinguem-se dos crimes militares pela diversidade de fontes e escopo, pela natureza da tutela e pelos bens jurídicos que buscam proteger. O crime militar em tempo de paz tutela as instituições militares em geral, quando não há guerra declarada; e o crime militar em tempo de guerra tutela a tropa brasileira e seus aliados no teatro de operações. Sua incidência pressupõe guerra declarada, nos termos do artigo 15 do Código Penal Militar. De acordo com Constituição da República de 1988, a declaração de guerra e a celebração da paz constituem competência da União. Deste modo, o Direito Penal Militar é um ramo do direito interno presente em todos os ordenamentos jurídicos hodiernos.

Por outro lado os crimes de guerra têm características próprias. Sua fonte é o Direito Internacional, especificamente tratados e costumes, em parte consolidados no Estatuto de Roma. Seu '*locus*' é o conflito armado, internacional ou não, que é uma situação de fato a ser juridicamente aferida, e não uma situação jurídica, como a declaração formal de guerra, e, em certos casos, estende-se para além da cessação das hostilidades, por exemplo, quando subsistem vítimas sob o domínio da parte beligerante. Logo, os crimes de guerra, no tocante a seu campo de ação temporal, tanto podem conviver com o crime militar em tempo de guerra quanto com o crime militar em tempo de paz, inclusive com relação aos crimes de guerra em conflitos armados não-internacionais. Cumpre registrar que se for considerada a quantidade quase desprezível de guerras declaradas em proporção aos inúmeros conflitos armados historicamente verificados, os crimes de guerra têm uma amplitude maior do que os crimes militares em tempo de guerra. Com relação aos bens jurídicos tutelados, os crimes de guerra visam preservar pessoas e bens protegidos das hostilidades e procura consagrar uma "ética" da guerra, ao reprimir a crueldade desnecessária aos objetivos militares.

No que diz respeito ao direito interno percebeu-se que apesar do Brasil ter assinado e ratificado quase todos os tratados internacionais relativos ao Direito Internacional Humanitário, estes não produziram reflexos imediatos em nosso ordenamento jurídico. Há uma lacuna considerável entre os compromissos internacionais e o direito interno,

particularmente o Direito Penal. Neste sentido, o Brasil é signatário das quatro Convenções de Genebra de 1949 e de seus dois Protocolos Adicionais de 1977, entretanto a legislação nacional relacionada aos tempos de guerra praticamente se restringe ao Direito Penal Militar, cujo propósito é a eficiência militar, e não a manutenção dos limites humanitários na condução das hostilidades.

Portanto, nos alinhamos a Dal Maso (2006, p.159) e Lorandi (2007, p.52), para quem a implementação do Estatuto de Roma no Brasil no tocante à tipificação dos crimes de guerra, é mais do que uma inovação no direito objetivo, é um resgate de suas obrigações internacionais.

Mencionou-se que o crime de agressão continua pendente de definição, em razão das dificuldades de natureza jurídica e política que envolvem sua conceituação. Há um GT no TPI que está com esta tarefa, e assim superar a declaração de Aron (1979, p.185/186) para quem “num sistema homogêneo é impossível definir agressão por que o recurso à força (ou a ameaça do uso da força) está ligado intrinsecamente às relações entre Estados independentes”. E “num sistema heterogêneo esta definição é impossível porque os regimes que se opõem vivem atacando-se permanentemente e cometem, com a consciência tranqüila, o ‘crime’ da agressão indireta ou ideológica”.

Após termos abordado os antecedentes do TPI e seus principais aspectos institucionais passamos a discorrer sobre o princípio da soberania e a implementação do Estatuto de Roma no Brasil.

Enfatizou-se que a soberania deve ser conceituada com base no movimento de internacionalização dos direitos humanos. Este processo vem transformando a noção tradicional de soberania absoluta do Estado, a qual era uma característica relevante da ordem estatal vestefaliana. Este conceito passou a sofrer um processo de relativização e flexibilização nesta nova ordem que vem sendo construída. A possibilidade de realização de direitos humanos, onde a universalidade incorpore a diversidade, prescinde da existência de uma soberania flexibilizada. Corolário deste processo é que todos os indivíduos passam a possuir duplo grau de proteção: um interno garantido pelo Estado ao qual pertence e outro no âmbito internacional. Portanto, o processo de consolidação do indivíduo como sujeito de direitos no plano internacional se concretiza concomitantemente com o gradual fortalecimento do Direito Internacional.

Neste sentido, os direitos humanos são parte da chamada agenda global das relações internacionais. Compartilhamos com Lafer (1995, p.179) que o mais relevante nesta idéia é que o sentido de humanidade passa a ser o princípio regulador de toda a comunidade mundial e representa a institucionalização do comum em um auditório universal perante o qual se

argumenta a legitimidade das condutas internas e internacionais das soberanias.

Portanto, a chave do processo de universalização do direito com a primazia da pessoa humana é percebê-lo como um benefício a todos os cidadãos, um aumento no grau de proteção por meio de uma dupla jurisdição, nacional e internacional, dos seus direitos e garantias fundamentais. É deste modo que materialmente este novo ordenamento jurídico forma uma unidade de sentido, bem como é dessa maneira que interage com o direito brasileiro. O impacto sobre o direito brasileiro se circunscreve na possibilidade de uma garantia a mais. Assim, tem-se que a cidadania emerge redefinida e ampliada, a partir destes parâmetros internacionais. É a partir deste enfoque que se pode compreender a ratificação do TPI pelo Brasil.

Deste modo, quando um Estado ratifica um tratado de proteção dos direitos humanos, não diminui ele sua soberania, mas, ao contrário, pratica um verdadeiro ato soberano, e o faz de acordo com os princípios emanados pela Carta Magna. Neste sentido, os Estados expressam e realizam a sua soberania participando da comunidade internacional, ou seja, participar do sistema internacional é sobretudo um ato de soberania por excelência, portanto, a ratificação do Estatuto de Roma pode ser tomado como um exemplo desta natureza.

Assim, a soberania não pode mais consistir na liberdade dos Estados de atuarem independentemente e de forma isolada à luz dos seus interesses. A soberania deve, consistir na cooperação internacional em prol de finalidades comuns. Neste sentido este princípio deve ser interpretado não com relação a um Estado individualmente considerado, mas sim este como membro da comunidade e do sistema internacional.

Destarte, o conceito atual de soberania caminha para uma soberania flexibilizada que propicia a emergência e a realização dos direitos humanos, onde este processo é uma expressão desta mesma soberania, ou seja, um exercício da vontade estatal.

Apresentou-se que a posição do Brasil está alinhada a ampla maioria dos Estados Nacionais que são signatários do tratado de Roma, os quais percebem a criação da instituição do TPI como uma evolução relevante no campo do Direito Internacional, onde os indivíduos acusados dos mais graves crimes internacionais possam ser julgados por um tribunal penal internacional de caráter permanente.

Neste diapasão, o direito interno preconiza a preservação dos direitos humanos, e o Brasil tem procurado implementar mecanismos que assegurem, tanto no plano interno quanto no internacional, a garantia e proteção de tais direitos, tão caros à humanidade, e que somente há pouco mais de meio século vêm merecendo atenção especial dos organismos internacionais e dos Estados que compõem a comunidade internacional.

Com a redemocratização do país, em 1988 foi promulgada a nova Carta Magna, que ocupa o topo do ordenamento jurídico pátrio. Esta lei fundamental inovou ao elevar a categoria de princípios constitucionais: a prevalência dos direitos humanos, o repúdio ao terrorismo e ao racismo, a cooperação internacional para o progresso da humanidade e a concessão de asilo político, ao lado de princípios tradicionais tais como: soberania, não-intervenção, defesa da paz e solução pacífica dos conflitos.

Investigou-se que no Brasil o emprego do vocábulo soberania nesta nova Carta Política é diverso e apresenta diferentes sentidos, ora diz respeito à soberania popular, ora à soberania nacional, e ainda como sinônimo de primazia, entre outros. Deste modo, podemos afirmar que a doutrina brasileira é uma doutrina eclética, com elementos das duas correntes democráticas apresentadas, da doutrina da soberania popular e da doutrina da soberania nacional. Destaca-se, sobretudo, que ‘todo o poder emana do povo’.

Cabe destacar, ainda, que no artigo 7º das suas Disposições Constitucionais Transitórias, a Constituição estabelece que o Brasil propugnará pela formação de um Tribunal Internacional dos Direitos Humanos. Em consonância a esta diretiva, nosso país tem se posicionado sistematicamente a favor, nos organismos internacionais, da prevenção e da repressão às agressões aos direitos humanos, quando tais assuntos são demandados. De acordo com Pereira (2003, p.12) trata-se de uma política de Estado que “concebe como legítimo o monitoramento internacional dos direitos humanos” .

Sublinhou-se que para o atual Presidente do Supremo, entretanto, é preciso ponderar, se, no contexto hodierno, em que se pode observar a abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos, a jurisprudência que tem equiparado os tratados de direitos humanos a leis ordinárias não teria se tornado completamente defasada.

Assim, apresentou-se que o Ministro Mendes sustenta que os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana e que se faz necessário uma revisão da atual jurisprudência do STF, salientando que estes tratados devem possuir caráter supra legal.

Ponderou-se que o Estatuto de Roma foi ratificado antes da Emenda Constitucional nº. 45, que incluiu o §3 no artigo 5 da CRFB, o qual dispõe que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão

equivalentes às emendas constitucionais”. Como a ratificação do tratado de Roma foi anterior a esta alteração não podemos afirmar seu ‘status’ de integrar o texto constitucional, pois não houve decisão do STF, nem do Legislativo, a respeito dos tratados anteriores à Emenda Constitucional nº. 45 que foram recepcionados pelo Brasil. A fim de dissipar eventuais ações de inconstitucionalidade de dispositivos deste tratado foi também incluído por esta emenda o parágrafo 4º no qual “o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”. Estas alterações no texto constitucional devem facilitar a implementação do Estatuto de Roma no Brasil, no que diz respeito à aprovação do projeto de lei e alterações em textos normativos em vigor, os quais se encontram ainda em andamento.

Deste modo, em que pese à ratificação do Brasil e a inclusão dos parágrafos supracitados no artigo 5º, pela Emenda Constitucional nº. 45, permanece a necessidade de adaptação da legislação interna ao conteúdo do tratado. Neste contexto, antes mesmo da ratificação pelo Brasil do Estatuto foi constituído um Grupo de Trabalho (GT) no Ministério da Justiça com o ‘objetivo de estudar e propor reforma do ordenamento jurídico brasileiro com vistas à ratificação pelo Estado brasileiro do Estatuto de Roma, na perspectiva do direito constitucional, penal e processual penal’. A Subchefia de Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República solicitou a ampliação de determinados pontos do relatório final apresentado por este GT. Deste modo, a Secretaria Especial dos Direitos Humanos decidiu constituir novo Grupo de Trabalho “com o objetivo de adequar o projeto de lei que visa à internalização do Tribunal Penal Internacional no ordenamento jurídico brasileiro às observações feitas pela Casa Civil [...]”, cujo labor resultou no Projeto de lei, encaminhado pelo Poder Executivo, com pequenas alterações, ao Poder Legislativo. Este PL se encontra em análise no Congresso Nacional.

Apontou-se as principais questões aparentemente conflitantes entre o Estatuto e a CRFB, e destacou-se que com fundamento no princípio da complementaridade, o qual prestigia a soberania estatal, prioritariamente os casos envolvendo nacionais, em regra, serão julgados pelo Brasil à luz do seu direito interno. Discutiu-se, em especial, a aplicação da pena de prisão perpétua, a imprescritibilidade dos crimes de competência do TPI e a entrega de nacionais.

Argumentou-se que não há incompatibilidade entre as normas uma vez que a vedação constitucional de pena privativa de liberdade de caráter perpétuo não é absoluta, pois admite a pena de morte para crimes militares em tempo de guerra. Os crimes sob jurisdição do Tribunal, que contém inclusive figuras penais semelhantes às previstas em nosso Código Penal Militar, são os de maior gravidade e atingem a humanidade em seu conjunto, assim

muitas condutas já eram vedadas pelo ordenamento jurídico pátrio, e em tempo de guerra, a pena capital pode ser cominada. Assim se pena mais grave é compatível com nosso ordenamento jurídico, face a previsão constitucional, a possibilidade da pena de caráter perpétuo ser aplicada por um Tribunal Internacional ao qual o Brasil tenha manifestado adesão não colide com a Constituição. Destacou-se, também, que por expressa vedação legal, os julgamentos que por ventura sejam efetuados por tribunais nacionais esta pena de caráter perpétuo não poderá ser aplicada.

Outro ponto de discordância apresentado foi sobre a distinção entre extradição que compreende a entrega de um indivíduo acusado de ter cometido delito de um Estado para outro Estado, competente para julgá-lo ou puní-lo, e o instituto da entrega o qual diz respeito à cooperação com um Tribunal penal Internacional a quem soberanamente o Brasil decidiu se submeter. A entrega, portanto, não diz respeito a uma relação entre Estados, os quais se encontram no mesmo plano nas relações internacionais, e sim de uma relação entre um Estado e um organismo internacional, cuja construção teve a participação do Brasil.

Além disso, deve ser percebido que a entrega de nacionais não conflita com a soberania nacional, pois a jurisdição do TPI é complementar às jurisdições nacionais, ou seja, uma extensão da jurisdição do Estado-Parte. Deste modo mister se faz enfatizar que o TPI é um órgão jurisdicional integrante da estrutura judicial brasileira, percepção pela qual se afasta qualquer óbice relativo a constitucionalidade do instituto, não somente pela ratificação efetuada pelo Brasil, mas também pela inclusão do § 4 no artigo 5º efetuada pela Emenda Constitucional nº. 45, de 2004, o qual dispõe que ‘o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão’. Neste contexto, há que ter em mente que um direito individual não pode prevalecer frente a um direito coletivo.

Deste modo, nos alinhamos a Lewandowski (2002, p.195), para quem a maior contribuição que a nova Corte poderá dar para consolidar a paz, a segurança e o respeito aos direitos humanos no mundo, será fazer com que ele transite de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade.

Assim, efetuou-se, a análise da ratificação e da implementação do Estatuto de Roma à luz do direito constitucional brasileiro, com base no direito positivo, na doutrina e na jurisprudência, a fim de propiciar as condições necessárias para as conclusões ora apresentadas e verificou-se o caráter subsidiário e complementar do tribunal e que este é desprovido do poder de coerção, permanecendo o Estado com o monopólio da força.

Ressaltou-se que se o acusado ou condenado pelo TPI for titular de nacionalidade brasileira, sua entrega ao tribunal não estaria violando norma constitucional, pois não estaria

sendo extraditado para outro Estado, mas colocado à disposição de uma Organização Internacional de direitos humanos.

Sublinhou-se que o legislador brasileiro, em duas ocasiões, já se manifestou pela constitucionalidade do Tratado de Roma: ao ratificá-lo e ao aprovar a Emenda Constitucional nº 45, de 2004. Neste prisma, a propugnação e posterior submissão ao TPI e o *status* de emendas constitucionais atribuídos aos tratados sobre direitos humanos que forem aprovados de acordo com o rito do § 3 do artigo 5º da CRFB demonstram o compromisso do Brasil com a construção de uma ordem internacional justa e igualitária, centrada na prevalência da pessoa humana.

Assim reforçamos a afirmação que o TPI passou a figurar na jurisdição do Brasil, após este soberanamente ter efetuado a escolha política de assinar e ratificar este tratado. Portanto, o TPI tornou-se um órgão jurisdicional integrante da estrutura judicial brasileira, podendo inclusive contar com representantes de nacionalidade brasileira entre seus quadros, como é o caso atual da juíza Steiner.

Por fim, enalteçemos que os cidadãos brasileiros passam a contar com um duplo grau de proteção, um no plano nacional e outro no plano internacional, assim o TPI deve ser percebido como uma garantia a mais para os nacionais dos Estados-Parte. Ademais, se no Brasil todo poder emana do povo, que o exerce por meio dos seus representantes, os quais por mais de uma vez exprimiram seu reconhecimento ao TPI, não seria lógico argumentar que há perda de soberania nesta manifestação de vontade do Poder Legislativo, pelo contrário esta disposição em participar da construção deste organismo internacional apenas reforça a concepção de soberania à luz dos direitos humanos.

Destarte, em virtude das conclusões oriundas das análises efetuadas supramencionadas, acredita-se que se alcançou o propósito do presente trabalho de pesquisa de testar a hipótese formulada. Deste modo pode-se afirmar que não há perda de soberania pelo advento de uma jurisdição penal internacional nos moldes do TPI, face sobretudo ao caráter complementar e subsidiário a ser exercido por este Tribunal.

Sugere-se para trabalhos futuros o prosseguimento desta pesquisa por meio do direito comparado, investigando a constitucionalização dos direitos humanos na América do Sul e a ‘adesão’ destes Estados, quase na sua maioria fronteira ao Brasil, ao TPI.

7.0 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- [1]. ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G.E do. Manual de Direito Internacional Público. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- [2]. ALARCÓN, Pietro de J. Lora. Constituição, Relações Internacionais e Prevalência dos Direitos Humanos. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 57, Out./dez, 2006.
- [3]. ANDRADE, I., & KALLAS, F. A Imunidade dos Nacionais Americanos à Jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Revista Brasileira de Direito Internacional – Curitiba. v.1, n.1, jan./jun.2005. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/dint/article/view/5165>>. Acesso em 16 de janeiro de 2009.
- [4]. ARENDT, Hannah. Eichman em Jerusalém. Um Relato Sobre a Banalidade do Mal. Trad. José Rubens Siqueira. 1ª Reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- [5]. ARON, Raymond. Paz e Guerra entre as Nações. Pensamento Político. 2ª Ed. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1979. p. 46-97 e p. 154-217.
- [6]. ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE DIREITO PENAL – AIDP – Grupo Brasileiro - Disponível: <<http://www.aidpbrasil.org.br/>>. Acesso em 18 de fevereiro de 2009.
- [7]. BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. 9 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- [8]. BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. Trad. Marcílio Teixeira. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 2004.
- [9]. BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 14ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

- [10]. BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 10ª ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, cap.9, p.122-133.
- [11]. BRASIL. Presidência da República. Legislação. Constituição Federal (1988). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao_Compilado.htm>. Acesso em 10 de fevereiro de 2009.
- [12]. _____. RE 466.343-1/SP, relator Ministro Cezar Peluso, 03.12.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=466343&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2009.
- [13]. _____. Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/dtrat.htm>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2009.
- [14]. _____. STF. Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2009.
- [15]. _____. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/legislacao-pfdc/docs_declaracoes/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em 10 de fevereiro de 2009.
- [16]. _____. Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional . Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=235308>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2009.
- [17]. BULL, Hedley, A Sociedade Anárquica. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002. p.1-115.
- [18]. CARR, Edward Hallett, Vinte Anos de Crise: 1919-1939. Trad. Luiz A. Figueiredo Machado. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1981. Parte I-II.
- [19]. CARVALHO RAMOS, André de. O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a

- Constituição Brasileira. In: CHOUKR, Fauzi Hassan, AMBOS, Kai (Org.). Tribunal Penal Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- [20]. CASSESSE, Antônio. De Nuremberg a Roma: dos Tribunais Militares Internacionais ao Tribunal Penal Internacional. In: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de. (Org.). O Direito Penal no Estatuto de Roma: leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.
- [21]. CASSASE, Antônio e Delmas-Marty, M (org.). Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais. Trad. de Silvio Antunha. Barueri: Manole, 2004.
- [22]. CERNICCHIARO, L.. Pena de prisão perpétua. REVISTA CEJ, América do Norte, V. 4 n. 11 mai./ago. 2000 (410 08 2000).
- [23]. CHAYES, Abram e CHAYES, Antonia H. The New Sovereignty. Compliance with International Regulatory Agreements. Cambridge: Havard University Press, 1995.
- [24]. CHILE. Constituição do Chile. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/normas/normas_reguladoras>. Acesso em 18 de fevereiro de 2009.
- [25]. CHOUKR, Fauzi Hassan. O Brasil e o Tribunal Penal Internacional: abordagem inicial à proposta de adaptação da legislação brasileira. In: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de. (Org.). O Direito Penal no Estatuto de Roma: leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.
- [26]. CICC. The Coalition for the International Criminal Court. Disponível em: <<http://www.iccnw.org/index.php>>. Acesso em 18 de fevereiro de 2009.
- [27]. CLARO, Ricardo A. A criação do Tribunal Penal Internacional e suas implicações para as Forças Armadas. Monografia. C-PEM. Escola de Guerra Naval. Rio de Janeiro. 2003.
- [28]. COMITÊ DE PREPARAÇÃO PARA O ESTABELECIMENTO DO TPI - Disponível

em: <<http://untreaty.un.org/cod/icc/index.html>> Acesso em 16 de janeiro de 2009.

- [29]. COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA (CICV) - Disponível em: <<http://www.cicr.org/por>>. Acesso em 16 de janeiro de 2009.
- [30]. COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005.
- [31]. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em 16 de janeiro de 2009.
- [32]. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/>>. Acesso em 16 de janeiro de 2009.
- [33]. DONAT-CATTIN, David. Corte Penale Internazionale e Stati uniti d’America: problemi e prospettive. Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCRIM nº. 53, 2005.
- [34]. DUGUIT, Leon. Soberanía y Libertad: Leciones dadas en la Universidad de Columbia (New York) / Trad. y prol. por José G. Acuña. Madrid: Francisco Beltrán, 1924.
- [35]. EVERA, Stephen Van. Guide Method for Students of Political Science. What are Case Studies? How Should they be Performed?” Guide Ithaca: Cornell University Press, 1997. Cap1.
- [36]. FERRAJOLI, Luigi. A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional. Trad. Carlo Caccioli e M. Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- [37]. FERREIRA, Gustavo S. Telles. A “paz perpétua” no pensamento Kantiano e os fundamentos de um Tribunal Penal Internacional permanente. Revista de Ciências Jurídicas, Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, v.1, n.1, jan./dez.2002.
- [38]. FERRO, Ana Luiza. O Tribunal de Nuremberg: dos precedentes à confirmação de seus princípios. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

- [39]. FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- [40]. GONÇALVES, Joanisval Britto. Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no Direito Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- [41]. GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.
- [42]. GROCIO, Hugo. Del Derecho de la Guerra y de la Paz. Trad. Jaime Torrubiano Ripoll. Madrid, Ed. Reus (S.A.), 1925. Cap. XX – XXI.
- [43]. HALL, Christopher Keith. La primera propuesta de creación de un tribunal penal internacional permanente. Revista Internacional de la Cruz Roja no 145, marzo de 1998, pp. 63-82. Disponível em: <<http://www.icrc.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/5TDLKQ>>. Acesso em: 06 out. 2008.
- [44]. HOBBS, Thomas. Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil. Trad. de João P. Monteiro e Maria B. N. da Silva. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural. 1979.
- [45]. HUNGRIA, Nelson. Genocídio. Comentários ao Código Penal. Vol. VI, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- [46]. ITÁLIA. Constituição da Itália. Disponível em <http://www.camera.it/cost_reg_funz/345/346/listaarticoli.asp>. Acesso em 18 de fevereiro de 2009.
- [47]. JAPIASSU, Carlos Eduardo. O Tribunal Penal Internacional – A internacionalização do Direito Penal. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2004.
- [48]. JARDIM, Tarciso Dal Maso. O Brasil e o Direito Internacional dos Conflitos Armados. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006. Vol. I.
- [49]. LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o

pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

- [50]. _____. A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt. *Estud. av.*, São Paulo, v. 11, n. 30, Aug. 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141997000200005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 18 de fevereiro de 2009.. doi: 10.1590/S0103-40141997000200005.)
- [51]. _____. A ONU e os direitos humanos. *Estud. av.*, São Paulo, v. 9, n. 25, Dec. 1995. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141995000300014&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 18 de fevereiro de 2009.
- [52]. LAMPREIA, Luiz Felipe. A política externa do governo FHC: continuidade e renovação. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, v. 41, n. 2, Dec. 1998. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73291998000200001&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 11 Mar. 2009.
- [53]. LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade. *Estud. av.*, São Paulo, v. 16, n. 45, Aug. 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142002000200012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 18 de fevereiro de 2009.
- [54]. LORANDI, Adriana (coord.). *Tribunal Penal Internacional: Implementação do Estatuto de Roma no Brasil*. Brasília: MPM, 2007.
- [55]. MAIA, Marrielle. *O Tribunal Penal Internacional – aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade*. Belo Horizonte: Del Rey.. 2001.
- [56]. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos: dois fundamentos irreconciliáveis. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, v. 13, n. 52, Jul./Set. 2005.
- [57]. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Humanos e Conflitos Armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

- [58]. MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- [59]. MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- [60]. MORGENTHAU, Hans J. A Política entre as Nações. Trad. de Oswaldo Biato da edição revisada por Kenneth W. Thompson. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2003. p. 3-45.
- [61]. NO PEACE WITHOUT JUSTICE. Disponível em: <<http://www.npwj.org/>>. Acesso em 19 de fevereiro de 2009.
- [62]. PARAGUASSÚ C. SILVA, Mônica. Crime Contra a Humanidade para uma Abordagem sobre a Mundialização do Direito. Plúrima Revista da Faculdade de Direito da UFF. Rio de Janeiro: Síntese. Vol 6 , 2002.
- [63]. PEREIRA, Antonio Celso Alves. O Brasil e o Tribunal Penal Internacional. In: REBELO, Aldo; FERNANDES, Luiz; CARDIN, Carlos Henrique (Org.). Seminário de Política Externa do Brasil para o Século XXI. Brasília: Centro de documentação e informação da Câmara dos Deputados, Comissão de Relações Exteriores, 2003
- [64]. PERRONE-MOISÉS, Cláudia. Antecedentes históricos do estabelecimento do Tribunal Penal Internacional. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v.98, 2003.
- [65]. PIOVESAN, Flávia. A Força do Direito versus o Direito da Força. Folha de São Paulo, São Paulo, 2 maio 2002. Disponível em: <<http://www.jornaldaciencia.org.br/Detalhe.jsp?id=2031>>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2009.
- [66]. _____. Direitos Humanos e o direito constitucional internacional. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- [67]. _____. Princípio da Complementaridade e Soberania. Disponível em:

- <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/textos/tpi_piovesan.html>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2009.
- [68]. RAMELLA, Pablo A. Crimes contra a humanidade. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- [69]. REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27^a ed. São Paulo: Forense, 2003.
- [70]. RODRIGUES, M. Andreiuolo. Os tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos e a Constituição. In: TORRES, Ricardo Lobo. (Org.). Teoria dos direitos fundamentais. 2 ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- [71]. ROUSSEAU, Jean J. Do Contrato Social. Edição Ridendo C. Mores, Livro III, 2002.
- [72]. SABÓIA, G.. A criação do Tribunal Penal Internacional. REVISTA CEJ, América do Norte, 410 08 2000. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/338/540>>. Acesso em 19 de fevereiro de 2009.
- [73]. SCHMITT, Carl. Teólogo de La Política. Prólogo y selección de textos de Héctor Orestes Aguilar. México: Fondo de Cultura Económica. 2001. p.7-62.
- [74]. SILVA, DE PLÁCIDO e . Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- [75]. SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25^aed. São Paulo: Malheiros editores, 2005.
- [76]. SOARES, R. et al. TMI - Tribunal Militar Internacional: Tribunal de Nuremberg (1945). Guia de Estudos. SOI 2005. Disponível em <http://soi2005.soi.com.br/downloads/guiaestudos_tmi.pdf> acesso em 15 de dezembro de 2008.
- [77]. STEINER, Sylvia Helena F. O Tribunal Penal Internacional. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.7, n.28, p. 208-218, out./dez., 1999. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/tpi_steiner.html>. Acesso em: 27 de janeiro de 2009.

- [78]. TAVERNIER, P. La experiência de los tribunales penales internacionales para ex-Yugoslávia y para Ruanda. *Revista Internacional de la Cruz Roja* 144, 1997. p..645-653. Disponível em < http://www.cicr.org/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/section_review_1997_321?OpenDocument>, acesso em 05 de dezembro de 2008.
- [79]. THE AVALON PROJECT. Documents in Law, History and Diplomacy. The Laws of War. Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/lawwar.asp>. Acesso em 18 de fevereiro de 2009.
- [80]. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Disponível em <<http://www.icc-cpi.int/>>. Acesso em 18 de fevereiro de 2009.
- [81]. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A ANTIGA IUGOSLÁVIA . Disponível em < <http://www.icty.org/>>. Acesso em 18 de fevereiro de 2009.
- [82]. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. Disponível em < <http://69.94.11.53/>>. Acesso em 18 de fevereiro de 2009.
- [83]. TRINDADE, A. A. Cançado. Interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. *Revista Arquivos do Ministério da Justiça* . Brasília: v. 46, n.182, p-27-54, 1993.
- [84]. _____. Dilemas e desafios da Proteção Internacional dos Direitos Humanos no limiar do século XXI. *Rev. bras. polít. int.*, Brasília, v. 40, n. 1, jun. 1997 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73291997000100007&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 18 fev. 2009. doi: 10.1590/S0034-73291997000100007.
- [85]. VATTEL, Emer de. O direito das gentes. Prefácio e tradução: Vicente Marotta Rangel. Brasília: editora Universidade de Brasília: Instituto de Pesquisas de Relações Internacionais, 2004. Cap. I-V. p. 1-57.
- [86]. YIN, Robert K. Estudo de caso: planejamento e métodos. Trad. Daniel Grassi. 2ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.

ANEXO “A”

Lista dos Estados signatários do Estatuto de Roma

139 assinaturas e 108 ratificações/adesões ¹⁷⁸

País	Data Adesão/Ratificação
Afghanistan	10 February 2003
Albânia	31 January 2003
Andorra	30 April 2001
Antigua & Barbuda	18 June 2001
Argentina	8 February 2001
Austrália	1 July 2002
Áustria	28 December 2000
Barbados	10 December 2002
Belgium	28 June 2000
Belize	5 April 2000
Benin	22 January 2002
Bolívia	27 June 2002
Bosnia-Herzegovina	11 April 2002
Botswana	8 September 2000
Brazil	20 June 2002
Bulgária	11 April 2002
Burkina Faso	16 April 2004
Burundi	21 September 2004
Cambodia	11 April 2002
Canadá	7 July 2000
Central African Republic	3 October 2001
Chad	1 November 2006
Congo	3 May 2004
Colômbia	5 August 2002
Comoros	18 August 2006
Cook Islands	18 July 2008
Costa Rica	7 June 2001
Croatia	21 May 2001
Cyprus	7 March 2002
The Democratic Republic of Congo	11 April 2002
Denmark	21 June 2001
Djibouti	5 November 2002
Dominica	12 February 2001
Dominican Republic	12 May 2005
East Timor	6 September 2002
Ecuador	5 February 2002

¹⁷⁸ Tribunal Penal Internacional, disponível em <<http://www.icc-cpi.int/asp/statesparties.html>>, combinado com <http://www.iccnw.org/documents/RatificationsbyUNGGroup_18_July_08.pdf> acesso em nov/08.

Estônia	30 January 2002
Fiji	29 November 1999
Finland	29 December 2000
France	9 June 2000
Gabon	20 September 2000
Gambia	28 June 2002
Germany	11 December 2000
Georgia	5 September 2005
Ghana	20 December 1999
Greece	15 May 2002
Guinea	14 July 2003
Guyana	24 September 2004
Honduras	1 July 2002
Hungary	30 November 2001
Iceland	25 May 2000
Ireland	11 April 2002
Italy	26 July 1999
Japan	17 July 2007
Jordan	11 April 2002
Kenya	15 March 2005
Republic of Korea	13 November 2002
Latvia	28 June 2002
Lesotho	6 September 2000
Libéria	22 September 2004
Liechtenstein	2 October 2001
Lithuania	12 May 2003
Luxembourg	8 September 2000
The Former Yugoslav Republic of Macedonia	6 March 2002
Madagascar	14 march 2008
Mali	16 August 2000
Malawi	19 September 2002
Malta	29 November 2002
Marshall Islands	7 December 2000
Mauritius	5 March 2002
México	28 October 2005
Mongolia	11 April 2002
Montenegro	23 October 2006
Namibia	25 June 2002
Nauru	12 November 2001
Netherlands	17 July 2001
New Zealand	7 September 2000
Níger	11 April 2002
Nigéria	27 September 2001
Norway	16 February 2000
Panama	21 March 2002
Paraguay	14 May 2001
Peru	10 November 2001

Poland	12 November 2001
Portugal	5 February 2002
Romania	11 April 2002
Saint Kitts and Nevis	22 August 2006
Saint Vincent and the Grenadines	3 December 2002
Samoa	16 September 2002
San Marino	13 May 1999
Senegal	2 February 1999
Serbia	6 September 2002
Sierra Leone	15 September 2000
Slovakia	11 April 2002
Slovenia	31 December 2001
South Africa	27 November 2000
Spain	24 October 2000
Suriname	15 July 2008
Sweden	28 June 2001
Switzerland	12 October 2001
Tajikistan	5 May 2000
Tanzania	20 August 2002
Trinidad and Tobago	6 April 1999
Uganda	14 June 2002
United Kingdom	4 October 2001
Uruguay	28 June 2002
Venezuela	7 June 2000
Zambia	13 November 2002

ANEXO “B”

Julgamentos ocorridos em Nuremberg e respectivas sentenças ¹⁷⁹:

- 1) Hermann Goering (1893-1946), marechal do Reich, comandante da Luftwaffe (Força Aérea), alto oficial na administração nazista, condenado à morte. Na véspera da execução de sua pena, no entanto, cometeu suicídio, ingerindo cianureto, em circunstâncias até hoje não esclarecidas.
- 2) Rudolf Hess (1894-1987), ‘lugar-tenente’ do Führer até maio de 1941, quando foi preso na Inglaterra e condenado à prisão perpétua. Cometeu suicídio na prisão de Spandau, onde cumpria pena.
- 3) Joachim von Ribbentrop (1893-1946), ministro das Relações Exteriores de 1938 a 1945, condenado à morte.
- 4) Wilhelm Keitel (1882-1946), marechal de campo, chefe do OKW (Oberkommando der Wehnaecht ou Alto Comando das Forças Armadas), condenado à morte.
- 5) Ernst Kaltenbrunner (1903-1946), chefe do RSHA (Reichsicherheitshauptamt ou Serviço Central de Segurança do Reich), condenado à morte.
- 6) Alfred Rosenberg (1893-1946), ministro dos territórios ocupados do leste, era o único dentre os acusados que se dizia pensador, pois era o doutrinador do regime nazista, condenado à morte.
- 7) Hans Frank (1900-1946), governador geral da Polônia a partir de 1939, condenado à morte.
- 8) Wilhelm Frick (1877-1949), ministro do Interior, general das SS, condenado à morte.
- 9) Julius Streicher (1885-1946), inspirador das campanhas anti-semitas e Diretor do jornal anti-semita "Der Stürmer" , condenado à morte.
- 10) Walther Funk (1890-1960), ministro da Economia do Reich, presidente do Banco Oficial a partir de 1939, condenado à prisão perpétua.
- 11) Fritz Sauckel (1894-1946), plenipotenciário geral de mobilização, organizador do trabalho obrigatório imposto a homens e mulheres vindos dos territórios ocupados, condenado à morte.

¹⁷⁹ Japiassú, op.cit., p.50-52.

12) Alfred Jodl (1890-1946), chefe de operações do OKW, conselheiro militar de Hitler para questões estratégicas e operacionais, condenado à morte.

13) Arthur Seyss-Inquart (1892-1946), ministro austríaco organizador do Anschluss (anexação da Áustria), comissário do Reich nos Países Baixos, condenado à morte.

14) Albert Speer (1905-1981), ministro do Armamento e Produção de Guerra, condenado a 20 anos de prisão. Foi libertado em 1966.

15) Konstantin von Neurath (1873-1956), diplomata, governador dos protetorados da Boêmia e da Morávia, condenado a quinze anos de prisão.

16) Martin Bormann (1900-1946), colaborador próximo de Adolf Hitler, membro do Conselho de Ministros para a defesa do Reich, desapareceu nos últimos momentos da guerra, foi julgado in absentia e condenado à morte.

17) Baldur von Schirach (1907-1974), chefe das juventudes hitleristas e governador de Viena, condenado a vinte anos de prisão, foi libertado em 1966, ao fim de sua pena.

18) Erich Raeder (1876-1960), comandante supremo da Marinha até 1943, condenado à prisão perpétua, foi libertado em 1955 por motivo de saúde.

19) Karl Doenitz (1891-1980), comandante supremo da marinha, sucessor de Hitler após 1945, condenado a dez anos de prisão, foi libertado em 1956, com o fim de sua pena.

20) Hjalmar Horace Greeley Schacht (1877-1970), antigo ministro da Economia e presidente do banco do Reich, absolvido.

21) Franz von Papen (1897-1969), antigo chanceler e embaixador na Turquia e na Austria, absolvido.

22) Hans Fritzsche (1900-1953), adjunto de ministro da Propaganda, Joseph Goebbels, e Diretor de Radiodifusão desse Ministério, absolvido.

Foram também indiciados Gustav Krupp von Bohlen und Halbach (1870-1950) e Robert Ley (1890-1945), entretanto, não chegaram a ser julgados.

ANEXO “C”

COMPOSIÇÃO E ADMINISTRAÇÃO DO TRIBUNAL

Esta matéria está positivada no capítulo IV do Estatuto, nos artigos 34 a 43. O Tribunal é composto por quatro órgãos, a saber: a) A Presidência - composta por três juízes responsáveis pela administração do Tribunal; b) Três Câmaras, divididas em: Câmara de Questões Preliminares (ou Seção de Instrução), Câmara de Julgamento (ou Seção de Julgamento em Primeira Instância) e Câmara de Apelação (ou Seção de Recursos); c) O Gabinete do Procurador, chefiada pelo Procurador, é o órgão competente para receber as denúncias sobre crimes, examiná-las, investigá-las e propor ação penal junto ao Tribunal, de forma independente, autônoma; e d) A Secretaria, voltada para a administração de aspectos não-judiciais do Tribunal, chefiada pelo Secretário.

O Tribunal é composto por 18 juízes eleitos por escrutínio secreto, em sessão da Assembléia dos Estados-Parte, cujos candidatos devem ser pessoas que gozem de elevada idoneidade moral, imparcialidade e integridade, que reúnam os requisitos para o exercício das mais altas funções judiciais nos seus respectivos Estados, e dominar uma das línguas oficiais da Corte (inglês, francês, espanhol, chinês, russo e árabe). Além disso, devem ter reconhecida competência em Direito Penal e Processual Penal, experiência como juiz, procurador, advogado ou função semelhante, ou reconhecida competência em matérias de direito internacional, tais como o direito internacional humanitário e os direitos humanos. Há, ainda, a necessidade de assegurar que estejam representados os principais sistemas jurídicos do mundo, que haja uma presença geográfica equitativa, assim como uma participação balanceada de juízes do sexo feminino e do sexo masculino.

Cada Estado-Parte pode apresentar um candidato para cada eleição, não necessariamente um nacional do Estado que indica, mas deve ser um nacional de um dos Estados signatários.

C.1 – A PRESIDÊNCIA

A Presidência está incumbida da adequada administração do Tribunal, com exceção do Gabinete do Procurador, e de outras funções que lhe forem conferidas pelo Estatuto. Deve

atuar em coordenação com o Gabinete do Procurador e obter a aprovação deste em todos os assuntos de interesse comum.

É composta pelo Presidente, pelo Primeiro Vice-Presidente e pelo Segundo Vice-Presidente, os quais serão eleitos por maioria absoluta dos juizes, e exercerão a função por um período de três anos ou até o termino do seu mandato como juiz, conforme o que expirar em primeiro lugar, podendo ser reeleitos uma única vez.

O atual Presidente do Tribunal é o Juiz Philippe Kirsch, do Canadá, o qual foi eleito por um período de seis anos, pertencente ao Grupo da Europa Ocidental e outros Grupos de Estados, com profundo conhecimento em Direito Penal Internacional, Direito Internacional Humanitário e Direito Internacional Público, e atuou de forma decisiva nas negociações para implantação do Tribunal ¹⁸⁰. É o responsável pela Câmara de Apelações.

A Primeira Vice-Presidente é a Juíza Akua Kuenyehia, de Ghana, eleita para um período de nove anos, pertencente ao Grupo dos Estados Africanos. Foi professora da Universidade de Ghana, com livros e artigos publicados a respeito de Direitos Humanos, Direito de Família, entre outros, e foi membro do Comitê de Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. É responsável pela Câmara de Questões Preliminares.

O Segundo Vice-Presidente é o Juiz René Blattmann, da Bolívia, eleito para um período de seis anos no Tribunal, pertencente ao Grupo dos Estados Latino-Americanos e Caribenhos. Possui vasta experiência em direito internacional, direito penal e direitos humanos. É responsável pela Câmara de Julgamento.

C.2 – AS CÂMARAS

Depois da eleição dos 18 juizes que compuseram a Corte, esta se auto-organizou nas Câmaras ou Seções previstas, conforme mencionado, as quais são: Câmara de Questões Preliminares, Câmara de Julgamento e Câmara de Apelação.

Dos 18 juizes, sete foram eleitos do Grupo Europa Ocidental e outros Estados (WEOG), quatro do Grupo América Latina e Caribe (GRULAC), três do Grupo de Estados Asiáticos, três do Grupo de Estados Africanos, e um Grupo da Europa Oriental. Sete juizes

¹⁸⁰ Desempenhou a função de Presidente da Conferência Diplomática dos Plenipotenciários das Nações Unidas para o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional (*Chairman of the Committee of the Whole of the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court*).

são do sexo feminino e onze são do sexo masculino.

Os juízes foram eleitos a partir de duas listas:

LISTA A: Composta de candidatos com competência em direito penal e processual penal, bem como a necessária experiência, quer como juiz, promotor, advogado ou, outras funções similares.

LISTA B: Composta de candidatos com competência em áreas do direito internacional, tais como o direito internacional humanitário, direitos humanos, ente outras, e uma vasta experiência profissional na área jurídica.

A Câmara de Questões Preliminares é composta pela Primeira Vice-Presidente e outros seis juízes, Câmara de Julgamento pelo Segundo Vice-Presidente e outros cinco juízes e Câmara de Apelação pelo Presidente e por outros quatro juízes.

A juíza Sylvia Steiner, brasileira, ex-Procuradora da República, desembargadora do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, ativa participante nos trabalhos preparatórios e na própria Conferência de Roma, foi eleita para um período de nove anos (GRULAC), e tem desempenhado suas funções na Câmara de Questões Preliminares.

C.3 – O GABINETE DO PROCURADOR

O Gabinete do Procurador constitui um órgão autônomo na estrutura do TPI, sem qualquer subordinação hierárquica ou administrativa. Dispõe de Procuradores Adjuntos e de serviços auxiliares adequados, inclusive equipes de investigação. Está incumbido de recolher informações, devidamente fundamentada, sobre crimes da competência do Tribunal, a fim de as examinar e investigar e de exercer a ação penal junto ao Tribunal.

Conforme mencionado, a iniciativa persecutória é atribuição exclusiva do Procurador, que pode exercitá-la de ofício, por representação de um Estado-Parte ou do Conselho de Segurança das Nações Unidas, neste caso, em face de uma situação que se afigure uma ameaça à paz e à segurança mundial, nos termos do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas. Em qualquer das três hipóteses, o Conselho de Segurança tem a prerrogativa de, mediante resolução adotada nos termos do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, sustar um procedimento pelo prazo de 12 meses.

De acordo com Lorandi (2007, p.24), a iniciativa '*motu próprio*' do Procurador constitui uma janela aberta para a atuação da sociedade civil organizada e de indivíduos, que

poderão noticiar fatos penalmente relevantes a seu Gabinete. No entanto, os Estados-Parte, preocupados em não conceder poderes ilimitados ao Procurador, estabeleceram no Estatuto que a instrução preliminar terá caráter judicial, pois é dependente de acolhimento e presidida por uma das Câmaras de Instrução.

O Gabinete do Procurador é dirigido por um Procurador-Chefe, atualmente exerce a função o Procurador Luis Moreno-Ocampo, eleito pela Assembléia dos Estados-Parte, o qual assumiu o cargo em 16 de junho de 2003, com plenos poderes para dirigir e administrar o Gabinete, incluindo o pessoal, as instalações e outros recursos de direção e administração, incluindo escolha dos funcionários, instalações e outros recursos. Pode ter ao seu lado Procuradores-Adjuntos, de diferentes nacionalidades e com regime de dedicação exclusiva, também escolhidos da mesma forma que o Procurador-Chefe, ou seja, por maioria absoluta, para um mandato de nove anos , sem a possibilidade de reeleição. Exerce, hodiernamente, essa função de Procurador-Adjunto Fatou Bensouda ¹⁸¹, de Gâmbia.

Percebe-se, portanto, que o procurador do TPI tem amplos poderes investigatórios, distinção importante em relação ao Ministério Público no Brasil. A procuradoria está encarregada de todo o processo de investigação. Ela tem equipes de investigadores, que vão a campo, colhem as provas e entrevistam as testemunhas. No Brasil, o promotor já recebe, via de regra, o inquérito feito pela autoridade policial. No sistema do Estatuto, não há uma autoridade policial, nem uma polícia judiciária.

C.4 – A SECRETARIA

A Secretaria, além das atribuições que lhe são próprias em qualquer tribunal, ou seja, é responsável pelos aspectos não judiciais da administração e do funcionamento do Tribunal, também cuida do serviço de proteção às vítimas e às testemunhas. Para tanto, possui uma Unidade de Vítimas e Testemunhas, um Conselho de Defesa, e uma Unidade de Detenção, além dos serviços tradicionais de administração de uma organização internacional como finanças, transações, pessoal e representação. Incumbe-lhe, também, estabelecer canais de comunicações com os Estados, Organizações Governamentais e Não-Governamentais, bem como a coleta e o fornecimento de informações sobre as Regras de Procedimento e Provas aos demais órgãos do Tribunal.

¹⁸¹ Eleita para um período de nove anos, em 8 de setembro de 2004. Disponível em <http://www.icc-cpi.int/pressrelease_details&id=83.html> acesso em 05 de dezembro de 2008.