

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

ANDRÉ ANTUNES GOUVEIA

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL
A COMPLEMENTARIEDADE DA JURISDIÇÃO PENAL INTERNACIONAL
EM FACE DO ESTADO INEFICAZ NA PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Orientador: Prof. Dr. Jayme Benvenuto.

RECIFE
2008

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

ANDRÉ ANTUNES GOUVEIA

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL
A COMPLEMENTARIEDADE DA JURISDIÇÃO PENAL INTERNACIONAL
EM FACE DO ESTADO INEFICAZ NA PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, como requisito para obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof^o Dr. Jayme Benvenuto

RECIFE
2008

G719t

Gouveia, André Antunes.

Tribunal Penal Internacional: a complementariedade da jurisdição penal internacional em face do Estado ineficaz na proteção de direitos humanos / André Antunes Gouveia ; Orientador: Jayme Benvenuto de Lima Júnior, 2008.

125 f. : il.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Católica de Pernambuco. Pró-reitoria Acadêmica. Mestrado em Direito, 2008.

1. Tribunais. 2. Direitos Humanos. 3. Direito Penal.
4. Direito Internacional Público. 5. Tratados. I. Título.

CDU 341.645

ANDRÉ ANTUNES GOUVEIA

**TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL
A COMPLEMENTARIEDADE DA JURISDIÇÃO PENAL INTERNACIONAL
EM FACE DO ESTADO INEFICAZ NA PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS**

Dissertação aprovada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, por uma comissão examinadora formada pelos seguintes professores:

Prof. Dr. Jayme Benvenuto Lima Júnior - UNICAP

Prof. Dr. Hélio Silvio Ourém - UNICAP

Prof. Dr. Evandro Menezes de Carvalho – Titular Externo

Dedico esse trabalho aos meus pais e irmãos. Também em especial e com muito amor, dedico a Mariana de Carvalho Leal Gouveia e a Laura de Carvalho Leal Gouveia.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente manifesto meus sinceros agradecimentos ao Prof. Jayme Benvenuto Jr., orientador desse trabalho e que em muito contribuiu, desde as aulas de *Jurisdição Internacional dos Direitos Humanos* para o entendimento de temas concernentes a Direitos Humanos, despertando interesses de todos que foram seus alunos.

Meus sinceros agradecimentos aos docentes do Programa de Mestrado – Unicap. O conjunto de instruções e informações valiosas apresentadas por esse corpo de intelectuais possibilitou engrandecer em muito meus conhecimentos jurídicos. Sinto-me privilegiado por tê-los como professores.

Agradeço a pessoas especiais da família Carvalho Leal, *Zélia, Onofre, Cristiane, Virgínia* e todos que contribuíram com incentivo, apoio, palavra amiga. Pessoas que são exemplos de luta e incentivo aos que buscam vencer.

Por fim, a todos os amigos em comum e aos alunos do Mestrado que estiveram comigo em busca de atingir objetivos, transpondo dificuldades para finalização do curso e cumprindo com devidas exigências do dia-a-dia, externo meus agradecimentos. Da mesma forma agradeço aos servidos da Universidade Católica de PE., e a cada um daqueles que direta ou indiretamente contribuíram para realização desse trabalho.

RESUMO

GOUVEIA, André Antunes. Tribunal Penal Internacional. A complementariedade da jurisdição penal internacional em face do Estado ineficaz na proteção dos Direitos Humanos. 2008. Dissertação do Mestrado – Departamento de Ciências Jurídicas – Universidade Católica de Pernambuco, Recife, Pernambuco.

O trabalho apresentado visa discorrer acerca da complementariedade da Jurisdição Penal Internacional a partir Tribunal Penal Internacional, doravante denominado TPI, para julgamento de crimes internacionais elencados no Estatuto de Roma, quais sejam, genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão. Esse caráter complementar há de ser enfrentado nesse trabalho no sentido de identificar qual forma de aplicação, condições, tendo-se como base o Estatuto de Roma criador do TPI. Esta ação complementar do Tribunal surge quando o Estado se mostra ineficaz ou não desejoso para julgar internamente os autores ou responsáveis por tais condutas ilícitas. Ao ser ineficaz o Estado deixa de concretizar justiça, de efetivar a jurisdição perante a comunidade internacional e evitar ocorrências de novos crimes, ferindo direitos humanos em nível internacional. Esses crimes que afligem aos Estados em geral no mundo devem ser julgados internamente, visando realizar justiça evitando-se impunidade. A ineficácia do Estado para concretizar essa justiça é marcante no instante em que não se julga, seja por não dispor de condições, ou porque não querem, ou ainda, quando o fazem sem apresentar resultados concretos e satisfatórios. A consequência maior nesse cenário é o senso de impunidade e desvalor à dignidade da pessoa humana. O Estado, assim, não contribui para o sistema global de proteção de direitos humanos. Visa-se assim via complementariedade do TPI evitar essa sensação de impunidade. Nesse sentido, surgem dúvidas acerca de como age o TPI no âmbito de sua complementariedade, daí a necessidade de dirimir tais dúvidas sobre sua aplicabilidade e abrangência diante do Estado, bem como esse tema vem sendo tratado. A partir de pesquisas bibliográficas nacionais e internacionais, será tratado o aspecto complementar do TPI, valendo ressaltar que é um tema novo em discussão em nível internacional. Tenta-se contribuir assim para o desenvolvimento dos estudos, debates, pontos de vista acerca esse novo instrumento de proteção a direitos humanos que é o TPI que conta hoje com 105 países participantes, os quais se engajaram no processo de formação de uma jurisdição internacional penal permanente. Vislumbra-se a importância do estudo desse tema ao se deparar com um nível elevado de países que perceberam o caráter desse novo órgão, tendo sido eles sensíveis à nova percepção de soberania, permitindo assim aplicabilidade jurisdicional internacional ainda que esta apresente normas divergentes ao ordenamento jurídico interno dos Estados. Ao trazer à luz posicionamentos sobre o tema, construindo novos entendimentos e percepções, se lançará mão de uma melhor compreensão desse objeto de estudo lançando-se respostas acerca da compreensão da complementariedade do TPI. Busca-se contribuir ainda para o processo de debates sobre consolidação dos mecanismos de proteção de direitos humanos e interagir com outros estudos em andamento nas academias e, conseqüentemente, apresentar um posicionamento obtido a partir de todo trabalho desenvolvido.

Palavras-chave: Jurisdição Internacional dos Direitos Humanos; Direito Internacional Penal; Direito Constitucional; Tratados internacionais de Proteção a Direitos Humanos.

RESUME

GOUVEIA, André Antunes. Tribunal Pénal International. La complémentarité de la juridiction pénale internationale face à l'état inefficace pour la protection des Droits de l'Homme. 2008. Monographie – Département de Sciences Juridiques – Université Catholique – Récife - Pernambuco, Brésil.

Le travail présent vise discourir sur la complémentarité de la Juridiction Pénale Internationale à partir du Tribunal Pénal International pour le jugement de crimes internationaux signalés dans le Statut de Rome, précisément le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre, et les crimes d'agression. L'action complémentaire du tribunal surgit au moment où l'état se montre inefficace ou ne désire pas juger internement les responsables ou auteurs de ces crimes. En étant inefficace, l'état rend impossible de concrétiser la justice, d'effectuer la juridiction face à la communauté internationale et d'éviter les occurrences de nouveaux crimes, c'est-à-dire des agressions aux droits de l'Homme au niveau international. Ces crimes qui touchent toute l'humanité doivent être jugés par les états, visant à réaliser la justice et à éviter l'impunité. L'inefficacité de l'état pour concrétiser cette justice est signaler au moment où il ne juge pas, soit par l'absence de moyens, soit parce qu'il ne le souhaite pas, ou encore et quand il le fait sans obtenir de résultats concrets et satisfaisants. Les principales conséquences des ces actes sont le sentiment d'impunité et la dévalorisation de la dignité de la personne humaine. Ainsi, l'état ne contribue pas au système global de protection des droits de l'homme. L'action complémentaire du TPI permanent fonctionne en vue d'éviter ce sentiment d'impunité. Ce travail à pour propos de chercher à dissenter sur la complémentarité en tirant des doutes sur l'applicabilité et le rayon d'action face à l'état, comment serait appliquée une telle complémentarité, en quoi elle consiste, et selon quels critères. A partir de recherches bibliographiques nationales et internationales, l'aspect complémentaire de ce Tribunal sera traité, mais il convient de rappeler qu'il s'agit d'un thème nouveau en discussion au niveau international. L'objectif de ce travail est de contribuer au développement des études, débats, points de vue par rapport à ce nouvel instrument de protection des droits de l'homme qui s'appelle le Tribunal Pénal International, qui a comme support le Statut de Rome approuvé par 120 états de plusieurs continents, lesquels ont participé au processus de formation d'une juridiction internationale pénale permanente. Il faut remarquer l'importance de ce thème quand on constate la participation d'un nombre élevé de pays engagés pour établir cette nouvelle juridiction, en comprenant le caractère de ce nouvel organe, avec la sensibilité et compréhension par rapport au sens de la souveraineté au moment d'accepter l'application de juridiction internationale. Il faut dire que les pays présentent des normes divergentes par rapport aux lois du Tribunal. Enfin, le thème vise la reconnaissance du fait que les états peuvent se montrer inefficaces ou impuissants devant un jugement de situations relatives aux crimes internationaux et même l'organisation politique interne d'un état, les réflexes, la clameur sociale, peuvent être interprétés comme des interférences pour un jugement dont finalement le résultat est inefficace. Chercher à comprendre des positionnements sur le thème et construire de nouvelles perceptions signifie trouver une meilleure compréhension. Le travail vise toujours à contribuer au processus de consolidation des systèmes de protection des droits de l'homme et à interagir avec d'autres études dans l'académie.

Mot-clés : Juridiction Pénale Internationale des Droits de l'Homme ; Droit International Pénal ; Droit Constitutionnel ; Traités Internationaux de Protection des Droits de l'Homme.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CR / 88 – Constituição da República de 1988;

CRP – Constituição da República Portuguesa;

CS – Conselho de Segurança das Nações Unidas;

CDH – Comissão de Direitos Humanos da ONU;

CPB – Código Penal Brasileiro

DH – Direitos Humanos;

FPR – Frente Patriótica Ruandesa;

JC – Jurisdição Constitucional;

EC – Emenda Constitucional;

nº - número;

ONU - Organização das Nações Unidas;

p. – página;

pp. páginas;

STF – Supremo Tribunal Federal;

TMI – Tribunal Militar Internacional;

TMT – Tribunal Militar de Tóquio;

TPIY – Tribunal Penal Internacional para ex-Yugoslávia;

TPIR – Tribunal Penal Internacional para Ruanda;

TPI – Tribunal Penal Internacional;

ER / 1998 – Estatuto de Roma de 1998.

SUMÁRIO

Introdução	09
1. JURISDIÇÃO PENAL INTERNACIONAL.....	15
1.1 Evolução histórica e internacionalização do Direito Penal.....	17
1.2 Contribuição do Tribunal de Nuremberg.....	21
1.3 Tribunais <i>ad hoc</i> para ex-Iugoslávia, Ruanda e Extremo Oriente.....	25
2. O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.....	28
2.1 Efetivação do TPI como órgão permanente	28
2.2 Crimes de competência do TPI.....	33
2.3 A relativização da Soberania.....	41
3. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A COMPLEMENTARIEDADE DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS	45
3.1 O caráter especial dos direitos nos tratados internacionais de direitos humanos.....	53
3.2 Tratados Internacionais de Proteção de DH como complemento à Constituição.....	56
3.3 Direito Constitucional Internacional. Jurisdição Constitucional e tratados de DH.....	61
3.4 Constitucionalismo: reconhecimento dos tratados e valorização do ser humano.....	63
4. O ESTATUTO DE ROMA E ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL	65
4.1 A coisa julgada e a Prisão Perpétua	69
4.2 Entrega de Pessoas x Extradicação.....	74
4.3 Imprescritibilidade dos crimes	76
4.4 Ausência de imunidade de agentes públicos	77
5. O ESTADO INEFICAZ NA PROTEÇÃO DOS DH E A COMPLEMENTARIEDADE DO TPI	80
5.1 Dignidade da pessoa humana e sua proteção pelo Estado.....	81
5.2 A complementariedade do TPI diante do Estado ineficaz na proteção de DH.....	85
5.3 Incapacidade do Estado na persecução criminal	92
5.4 Estados ratificantes do Estatuto de Roma	99
5.5 A ausência dos Estados Unidos no TPI.....	105
5.6 Críticas e Perspectivas para jurisdição do TPI.....	111
6. CONCLUSÃO	117
REFERÊNCIAS.....	120

INTRODUÇÃO

O trabalho aqui proposto visa abordar um tema que reconhecidamente se percebe como novo, qual seja o Tribunal Penal Internacional – TPI¹, considerando o aspecto da complementariedade diante do Estado ineficaz na proteção de direitos humanos. Tal órgão detentor de caráter permanente, nasceu em 1998 a partir do Estatuto de Roma². Possui como função julgar crimes internacionais praticados por qualquer pessoa sem distinção. A elaboração do Estatuto e conseqüente organização do TPI tenta mostrar ao mundo a necessidade que existe – seja como da efetiva institucionalização de uma corte penal internacional, seja no sentido de consciência - a valorização permanente dos direitos à vida, a integridade, as liberdades, dentre outros entendidos como direitos humanos ou direitos fundamentais da pessoa humana. Os Estados, em sua grande maioria, não mais suportam assistir ataques, ameaças, genocídios, crimes contra a humanidade, produzidos por alguém que fica, ao término do evento, impune ou julgado com parcialidade, não vindo a ser punido. O TPI permanente surge com caráter complementar, ou seja, não substitui os tribunais em âmbito interno, mas pode atuar em momentos onde o Estado não o faz. Nesse sentido, busca-se com esse trabalho respostas sobre a aplicação da jurisdição internacional penal diante de Estados que deixam de julgar crimes internacionais elencados do Estatuto de Roma, atentatórios a direitos humanos. Há de se questionar: o exercício da jurisdição penal pelo Estado de forma independente; à condição de não atuação do Estado diante de um caso concreto, ensejando a atuação do TPI; a atuação do TPI e a questão da soberania; a complementariedade de tratados internacionais e a jurisdição constitucional, pensada como concretização de direitos fundamentais. Nesse contexto serão apresentados posicionamentos de diversos autores, entendimentos, visando argumentação racional que possa alargar a compreensão sobre o tema e se obter respostas a dúvidas que naturalmente surgem em um primeiro contato com o tema que é novo. Surge pois, desde logo, a necessidade de uma abordagem preliminar acerca da jurisdição internacional, dentre outros enfoques, objetivando melhor compreensão desse processo de internacionalização da jurisdição penal.

¹ O Tribunal Penal Internacional tem como sede a cidade de Haia, países baixos (“o Estado anfitrião”). Foi criado a partir do Estatuto de Roma, aprovado em 17 de julho de 1998, em Roma – Itália. Doravante denominado TPI.

2. O Estatuto de Roma - ER/1998 - é o instrumento normativo internacional que determina a competência do TPI.

A acepção moderna de jurisdição internacional penal deriva de eventos históricos que mostraram como se desenvolveu a sistemática de julgamento de responsáveis por eventos criminosos de repercussão internacional. Neste sentido, será apresentada no primeiro capítulo considerações acerca da Jurisdição Penal Internacional, aspectos históricos concernentes à aceitabilidade desse ramo do direito e a maneira pela qual ele se internacionalizou. Historicamente o mundo assistiu e assiste diversas vezes situações agressivas ilegais praticadas em épocas de guerras, ataques a civis, crianças, gerações dizimadas, não se tendo em contrapartida uma aplicação efetiva de norma penal pertinente aos casos ocorridos no sentido de punição dos responsáveis. Deve-se considerar, no entanto, que existem registros históricos de julgamentos de casos dessa natureza, contudo, ficaram a quem de uma resposta ideal, não produzindo resultados satisfatórios no sentido de apresentar ao mundo reflexos positivos que prevenissem novas ocorrências. O TPI surge assim a partir de um processo evolutivo, vindo a efetivar-se como órgão permanente. Diferente de tribunais constituídos de modo temporário pela ONU, tem-se hoje um tribunal penal permanente. Os tribunais *ad hoc*, a exemplo dos tribunais para ex-Iugoslávia e para Ruanda foram formados para julgamentos específicos e desta forma tinha a característica de serem efêmeros. Ressalte-se que contribuíram para a formação do TPI permanente.

No segundo capítulo desse trabalho serão postos em destaque alguns pontos relativos ao TPI no que concerne ao seu processo de efetivação como órgão permanente. Nesse sentido percebe-se que vários Estados reconhecem a importância da existência de tal corte criminal desse porte e estão adequando, em âmbito interno, seus ordenamentos jurídicos a essa realidade. Destaque será dado ainda ao elenco de crimes internacionais considerados pelo ER/1998 e que compete ao TPI promover o julgamento, e ainda, um enfoque à transformação significativa que vem passando o conceito de Soberania, sua relativização diante da existência de uma jurisdição penal internacional.

No terceiro capítulo encontra-se o tema Jurisdição Constitucional e a Complementariedade dos Tratados de Direitos Humanos. A jurisdição constitucional efetivamente há de ser vislumbrada como modo pelo qual se pode promover a concretização de direitos humanos no âmbito dos tratados internacionais. A relevância da jurisdição

constitucional, dos tratados e da constitucionalização dos direitos humanos é o que se visa abordar através de pontos importantes para entendimento do tema e que possibilite, dentro de uma perspectiva geral, chamar atenção para assuntos que estão em desenvolvimento em cenários interno e internacional. O exercício da jurisdição constitucional, em se falando de tratados internacionais de forma ampla, e em especial, no que toca o TPI, é algo imprescindível seja para aplicabilidade prática, seja para construção teórico-normativa de um constitucionalismo moderno, focado no garantismo, na concretização de direitos fundamentais e porquê não dizer de direitos humanos. Essa harmonização envolvendo ordem jurídica interna e os tratados internacionais permitiria ao Estado exercer sua atividade jurisdicional o que evitaria atuação do TPI.

O Estatuto de Roma de 1998 trouxe consigo elementos normativos que em princípio podem ser considerados como contraditórios a constituição do Estado aderente. Serão promovidas, no quarto capítulo desse trabalho, algumas considerações acerca do ER/1998 e da adequação constitucional concernentes a pontos considerados de grande relevância. Destaque maior será feito em relação ao Estatuto e a CR/1998. O tratamento dado a temas de extrema relevância, a exemplo da prisão perpétua, entrega de pessoas, imprescritibilidade dos crimes, tudo isso abrangido pelo estatuto em referência, ressaltando-se, que o Brasil reconheceu a jurisdição do tribunal penal internacional. Sabido é que cada Estado, no âmbito do direito doméstico, possui normas penais voltadas para coibir determinadas condutas que são lesivas aos seus indivíduos enquanto convivendo em sociedade. O Brasil detém legislações penal e processual penal próprias. A carta constitucional brasileira e normas de execução penal, por exemplo, não permitem pena de prisão perpétua, daí, o que se indaga, por exemplo, é como considerar tal situação visto que a prisão perpétua se acha descrita claramente no Estatuto de Roma que é base para funcionamento e aplicabilidade de penas via o TPI ? Considerando tais colocações que se buscará respostas, estabelecendo argumentação, dentre outras observações pertinentes.

Ao se imaginar uma Corte Penal Internacional e Estados em comum acordo com toda uma normativa institucionalizada, deve-se levar em conta que tal Corte detém um mínimo de importância e se harmoniza com os interesses de cada um dos que a ela aderiram. O Estados aceitaram a complementaridade da jurisdição internacional, e mais, concordaram que no seio

desta seja possível, inclusive, desconsiderar julgados no âmbito doméstico, e valer a persecução criminal internacional. O ER/1998 surge a primeira vista como detentor de uma força impressionante, disseminado a jurisdição internacional em nível jamais antes visto, dando ênfase a complementariedade de um tribunal que ficará atento a casos que versem sobre crimes internacionais. Importa destacar que o TPI, com base em seu Estatuto tem a sensibilidade quanto à questão da soberania dos Estados, ou seja, se mantém em nível subsidiário.

O quinto capítulo do trabalho versará, com maior ênfase, sobre o agir complementar do tribunal quando da ineficácia do Estado, ressaltando a primazia da dignidade da pessoa humana, sendo este o objetivo primordial de toda estruturação dessa corte internacional penal de caráter permanente. A incapacidade do Estado na persecução criminal bem como os Estados-partes aderentes ao ER/1998 serão assuntos abordados, destacando ainda a ausência dos Estados Unidos nesse processo construção de uma jurisdição internacional penal.

É indispensável lembrar que o TPI não nasceu com o dever de julgar todo e qualquer evento criminoso no qual se identifique à prática de crimes internacionais elencados no ER/1998. A regra é que cada Estado tem o dever de julgar seus nacionais ou aqueles responsáveis criminalmente quando sob sua jurisdição. Existem, entretanto, situações em que o Estado não é capaz ou não detém condições de fazê-lo. Surge a partir daí o suporte desse tribunal permante em comento para fazer com que se promovam investigação, processo e julgamento contra suspeitos de terem praticado os ilícitos penais que mais afetam toda a humanidade. Entretanto, deve cada Estado buscar continuamente, de modo eficaz, julgar seus nacionais e, sempre, primar pela proteção dos direitos humanos. Esta é a regra.

O estabelecimento de uma jurisdição penal internacional, apesar do reconhecimento de vários Estados, ainda encontra-se em um processo de discussões, posicionamentos diversos, idéias contrárias. Nesse sentido, ainda no quinto capítulo do trabalho, serão abordados alguns posicionamentos críticos à jurisdição penal internacional, bem como perspectivas para esse novo tribunal. O fato é que o TPI, apesar de críticas, movimentos contrários a sua formação, permanece ativo.

Em sentido amplo, ao se fazer abordagem sobre crimes internacionais contrários a direitos humanos deve-se considerar prevalência da especificidade, de elementos próprios característicos de como são praticados tais crimes, o modo de agir dos autores ou responsáveis, a repercussão internacional. Pensar o julgamento de um nacional responsável por crimes internacionais, seja em seu Estado ou fora dele, envolve, em ambos os casos, vários aspectos que exigem análise acerca da capacidade do Estado envolvido processar e julgar, ter capacidade ou condições para fazê-lo de maneira imparcial, legal, para formação de um juízo decisório.

A Corte em comento, que nasce como um mecanismo internacional de proteção aos direitos fundamentais, expõe uma dupla finalidade: de um lado, por fim a impunidade dos autores dos crimes mais graves para a Comunidade Internacional e, de outro, contribuir para a prevenção de novos crimes.³ O sentido de complementar é, pois, completar. Há de se observar que os Estados considerados a partir de sua jurisdição penal interna, deixam a desejar quando da análise de questões que abordem crimes internacionais. Apesar de todo um processo evolutivo no campo dos direitos humanos, os Estados necessitam do complemento de uma jurisdição penal internacional.⁴ Ao se processar e julgar crimes internacionais que violam direitos humanos e que atingem a todos indiscutivelmente, tenta-se mostrar ao mundo um sentido de evolução no tocante ao respeito ao ser humano e interessa a todos os Estados, isso no tocante ao elemento punição dos responsáveis, e ainda, no sentido de repressão voltada para inibir outras possíveis ocorrências de crimes dessa natureza que atinge toda humanidade. Mas exige-se discussão sobre esse dizer o direito a partir de um órgão jurisdicional externo, ou seja, atuante de maneira a complementar a jurisdição interna.

O TPI apresenta-se como um mecanismo de proteção que objetiva lutar contra a impunidade, considerando que esta pode ocorrer mesmo quando de julgamentos em um plano interno, onde se tenha verificado desenvolvimento do caso de forma insuficiente ou resultados

³ Vide Preâmbulo do Estatuto de Roma, aprovado em 17 de julho de 1998, em Roma.

⁴ A idéia de criar um órgão jurisdicional permanente foi tomando forma a partir do ano de 1989. Com o fim da guerra fria foi favorecida a reativação de trabalhos para a criação da Corte Penal Internacional que a Comissão de Direito Internacional havia dela se afastado por falta de consenso entre os Estados. La Idea de crear un órgano jurisdicional permante se fue abriendo passo sobre todo a partir do del aneé 1989. El fin de la guerra fria y el nuevo clima de distensión favorecieron la reactivación de los trabajos para la creación de la Corte Penal internacional que la Comisión de Derecho Internacional habia tenido largo tiempo aparcados por falta de consenso entre los Estados. Tradução livre do autor. COLOMIER, Juan Luis Gómez; CUSSAC, José Luis Gonzalés; LORÉNS, Jorge Cardona. *La corte penal internacional*. Valência - Espanha, 2003, p. 109.

ineficazes.⁵ No decorrer do trabalho serão abordados dispositivos do ER/1998 que dão ao TPI competência para atuar diante do Estado ineficaz e se buscará trazer a luz entendimento e respostas sobre esse tema. Ressalte-se que qualquer análise mínima sobre essa atuação gera a necessidade de reflexões, ponderações, considerações acerca de soberania dos Estados.

⁵ *op. cit.* p. 110.

1. JURISDIÇÃO INTERNACIONAL PENAL

Ao se fazer uma referência acerca da jurisdição internacional penal deve-se antes ressaltar o sentido do que seja jurisdição. Esta deriva do latim *jurisdictio* como ação de administrar a justiça. Pode-se pensar, numa primeira leitura, que é simplório entender o sentido de jurisdição, no entanto, o enfoque dado aqui, no decorrer desse trabalho não se limita a considerá-la como a extensão e o limite do *poder de julgar* de um juiz, este sendo o Estado dizendo o direito. Ressalte-se aqui jurisdição no âmbito internacional penal, como sendo necessária, permanente, eivada de legitimidade e legalidade na sua essência, não obstante outros indicativos nesse sentido.⁶ Dizer o direito em nível internacional penal consiste no poder de julgar baseado no direito internacional que engloba um conjunto de regras penais, tratados de cooperação vigentes na comunidade internacional.

A jurisdição internacional penal da forma que se apresenta hoje traz a mente o questionamento de como se chegou em tal nível ou estágio e como se encontra o mundo diante da complexidade de crimes internacionais atentatórios a dignidade humana? A história mundial demonstra como se desenvolveu esse processo, países que ainda de forma inicialmente tímida abraçaram essa causa. Foram intensificadas relações, mesmo em meio a um histórico mundial de conflitos entre povos de diferentes nações, que disseminaram no mundo a idéia da necessidade de regras que valorassem o direito do ser humano, dos povos, ressaltando-se que legislações internas dos Estados não atendiam ao clamor da comunidade internacional.⁷

Uma vez percebido o surgimento de uma jurisdição internacional penal, nota-se também existir uma evolução nas normas de Direito Penal Internacional. Os ilícitos penais definidos como crimes internacionais são assim considerados a partir de uma idéia central de responsabilidade individual e reprovabilidade de certa conduta criminoso. Esta, se de nível macrocriminal, provém do Direito Penal, no entanto, se as condutas criminosas tem a dimensão

⁶ A jurisdição na ótica do dicionarista, a partir de suas definições, desmembramentos e aplicabilidade se verifica tendo numa ponta de forma genérica ou ampla, e na outra, subtipos específicos, a exemplo de jurisdição, jurisdição necessária, jurisdição legítima e jurisdição legal. Nesse sentido: SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, 1999. pp. 466 a 468.

⁷ LIMA, Renata Mantoveni de. *O Tribunal Penal Internacional*. Belo Horizonte, 2006. p.13.

das julgadas no Tribunal Penal de Nuremberg⁸ (contra a paz, crimes de guerra, crimes contra a humanidade), daí estamos diante de Direito Internacional. Estamos diante de um ordenamento jurídico-penal internacional novo, autônomo e amplo.⁹

O Direito Penal, quando relacionado ao direito internacional, mostra-se em certo momento como Direito Internacional Penal e em outro como Direito Penal Internacional. Na doutrina encontram-se diferenças entre essas nomenclaturas. A jurisdição penal internacional exercita sua função a partir desses preceitos normativos definidos dentro de um ordenamento jurídico.

O *Direito Penal Internacional* engloba as regras internas que regem os elementos de extraterritorialidade de uma situação penal, indo de encontro a uma ordem jurídica estrangeira pelo fato de o autor da infração, ou a vítima, ou mesmo o lugar do ato estar ligado à soberania estrangeira. Seria regras que regem cooperação entre Estados que se unem para dar eficácia ao sistema repressivo. Pretendem assim os Estados resolver os conflitos de leis e de jurisdição em um espaço. O *Direito Penal Internacional*, por seu turno, consiste em tratar de situação penal a partir de um domínio do Direito Internacional relacionados a crimes internacionais. Pode-se definir esse ramo do Direito como o que se constitui pelas normas internacionais que visam a qualificar, perseguir ou reprimir as infrações que concernem a mais de um Estado.¹⁰

O direito penal internacional é o ramo do direito criminal que regula o conjunto de problemas penais que se apresentam no plano internacional. Ele determina, por exemplo, a competência num Estado estrangeiro e a lei aplicável ao caso ou à sanção penal frente à determinada infração; ele indica se a polícia francesa ou um juiz francês pode proceder investigações em território estrangeiro, se a França pode ou deve entregar um infrator que está refugiado em solo francês a um Estado estrangeiro, se um julgamento estrangeiro com condenação pode ter a execução aplicada na França, se um tribunal francês pode aplicar uma pena prevista em seu Código penal mas que é proibida em convenção internacional da qual a França faz parte... Estes diversos exemplos mostram que a expressão << problemas penais que se apresentam no plano internacional >> e por consequência a denominação << direito penal internacional >> devem ser entendidos de forma ampla, abrangente. [...] ¹¹

⁸ Sobre o Tribunal de Nuremberg serão vistas algumas considerações importantes no ponto “1.2” desse trabalho.

⁹ AMBOS, Kai e JAPIASSÚ, Carlos E. Adriano. *Tribunal Penal Internacional. Possibilidades de Desafios*. Rio de Janeiro, 2005. p.01

¹⁰ LIMA, Renata. op. cit. pp.15 e 16.

¹¹ « *Le droit pénal international est la branche du droit criminel qui règle l'ensemble des problèmes pénaux qui se posent au plan international. Il détermine par exemple la compétence dans un État étranger et la loi applicable à la définition ou à la sanction pénale d'une telle infraction; il indique se la police française ou un juge répressif français peut procéder à des investigations sur le territoire d'un État étranger, si la France peut ou doit livrer un*

A análise de estratégias política e de instrumentos jurídicos desenvolvida ao longo da história, visando tipificar e punir condutas individuais contrárias à paz e segurança internacional, conforme tratado mais adiante, propiciou o surgimento dessa nova disciplina que veio a se chamar Direito Internacional Penal ou Direito Penal Internacional. Esse processo de internacionalização do direito penal centraliza-se na troca, na incorporação de uma ordem internacional de uma série de normas de natureza consuetudinária e convencional, incriminadora de certos tipos penais cometidos e para os quais se relacionam uma sanção penal a ser aplicada ao infrator.¹²

No plano da jurisdição internacional os Estados sujeitos de direito internacional estabelecem através de tratados a forma de atuação dessa jurisdição. As regras do direito interno se diferem das de direito internacional. No direito interno se observam regras de *subordinação* dos sujeitos ao aparelho estatal; no internacional, ao contrário, se tem um sistema de regras de *coordenação* que busca favorecer a *cooperação* entre os Estados.¹³ Serão tratados a seguir alguns pontos acerca do histórico e internacionalização do Direito Penal com ênfase a jurisdição penal internacional.

1.1 Evolução e internacionalização do Direito Penal

Pensar o Direito Internacional Penal, uma jurisdição penal internacional, ou seja, um conjunto de normas que sejam comuns a Estados aderentes, a uma comunidade de nações, exige algumas considerações sobre o elemento soberania e sua evolução no contexto das relações internacionais. Desde a idade média já se tinha o conceito de soberania, estando ligada a posição hierárquica, ou seja, a posição daquele que era superior num bem definido sistema hierárquico.

délinquant qui s'est réfugié sur son sol à un État étranger, si un jugement répressif étranger de condamnation est exécutoire en France, si un tribunal français peut prononcer une peine prévue par son Code pénal mais prohibée par une convention internationale à laquelle la France est partie... Ces divers exemples montrent que l'expression << problèmes pénaux qui se posent au plan international >> et par conséquent l'appellation de << droit pénal international >> doivent être entendues largement. Tradução livre do autor. HUET, André. KOERING-JOULIN, Renée. *Droit pénal international*, France, p.01.

¹² DELGADO, Lirola Isabel e MARTINÉZ, Magdalena M. Martín. *La corte penal internacional*. Barcelona, 2001.p.10.

¹³ DUPUY, René-Jean. *Le droit international*. Paris, 2004. p.03.

O termo “soberania” num conceito mais moderno aparece no final do século XVI, quando se tem a consolidação do Estado moderno. Ressalte-se que tal Estado detém centralização administrativa, concentração e delimitação territorial do poder político, mantendo-se exércitos permanentes.¹⁴

Direito Internacional penal é direito público, assim importa destacar, ainda que de forma resumida, acerca do tratado de Westfalia como sendo um ponto de referência para o direito público, pois representou um compromisso para resolução de inúmeros conflitos dentro do império alemão, quais sejam, os que envolviam protestantes e católicos e os que diziam respeito às ambições do imperador e poderes dos príncipes do império. O tratado de Westfalia surge na Europa como um compromisso para resolver tais questões, pretendendo-se alcançar um equilíbrio entre Estados europeus. Ressalte-se que para a Alemanha houve certa tranqüilidade no tocante a suas relações com outros Estados, porém, o mesmo não ocorreu em relação à França e Espanha. Tal tratado significa um ponto de referência na história no que concerne ao direito público e a vida política do império alemão e se manteve como sua constituição básica até a abolição do império, em 1806.¹⁵

O modelo de Westfália apresentava as seguintes características: 1) o mundo é composto por Estados soberanos, que não reconhecem autoridade superior; 2) o processo legislativo de solução de contendas e de aplicação da lei concentram-se nas mãos dos Estados individualmente; 3) o Direito Internacional volta-se para o estabelecimento de regras mínimas de coexistência; 4) a responsabilidade sobre atos cometidos no interior das fronteiras é assunto privado do Estado envolvido; 5) todos os Estados são vistos como iguais perante a lei e regras jurídicas não levam em consideração assimetrias de poder; 6) as diferenças entre Estados são, em última instância, resolvidas à força; 7) a minimização dos impedimentos à liberdade do Estado é prioridade coletiva. [...]¹⁶

¹⁴ MAIA, Marrielle. *Tribunal Penal Internacional. Aspectos institucionais, jurisdição e principio da complementariedade*, 2001. pp. 31 e 32.

¹⁵ FULBROOK, Mary. *História da Alemanha*. Cambridge: Univesity Press, 1990. pp. 83 e 84. “ *El tratado de Westfalia representa um compromisso para resolver dos conflitos dentro do império: el que enfrentava a protestantes (de todas as crencias) y católicos, y el existente entre las ambiciones del emperador y los poderes de los príncipes del império. Con él también se pretendia alcanzar um equilibrio de poder enter los estados europeus, pero, aunque la situación en Alemanha se tranquilizó bastante, no cesaron las hostilidades entre Francia y Espanha. (...) No obstante, el tratado de Westfalia suposo un ponto de referencia para el derecho público y la vida política del império, y se mantuvo como su constitución básica hasta la abolición del Imperio, en 1806.*”

¹⁶ MAIA, Marrielle. *op cit.*, p.32.

Tal modelo consistiu uma concepção de ordem internacional e vigorou até 1945, podendo ser entendido como uma ordem internacional composta de Estados soberanos que “resolvem suas diferenças privadamente” e “freqüentemente com recurso à força”.¹⁷

O aparecimento de um direito internacional penal – que só ocorreu no século XX – parece corresponder a dois processos distintos de criminalização. *Criminalização de oportunidade*, por um lado, sob a pressão temporária de uma situação de guerra suficientemente dura para incitar um julgamento internacional dos crimes cometidos durante as hostilidades, caso em que a internacionalização do julgamento comanda a das incriminações aplicáveis. *Criminalização de vocação permanente*, por outro lado, sob a pressão mais contínua que resulta das necessidades práticas (dificuldades para processar as infrações organizadas em escala internacional, ou cujos efeitos se desenvolvem além das fronteiras nacionais) ou das exigências éticas (reprovação quase universal suscitadas por certos comportamentos como tortura, estejam ou não ligados a situações de guerra), sendo que os dois fatores algumas vezes aparecem mesclados.¹⁸

Nesse diapasão, acontecimentos no cenário internacional, como se verá tratado mais adiante (reflexos das grandes guerras e tribunais militares), contribuíram para o aprimoramento de mecanismos preventivos e repressivos em relação aos crimes internacionais. Tal aprimoramento representa evolução em relação à jurisdição internacional penal que acompanha a sociedade internacional, mesmo não se podendo defini-la como homogênea, mas que promoveu esforços para o estabelecimento de ações contra a impunidade.¹⁹

O Direito Internacional Penal é direito público, representa o fruto de um desenvolvimento histórico que abrange várias etapas de desenvolvimento do Direito Internacional. A internacionalização faz referência à autodeterminação dos povos, que decorreu inicialmente dos impérios marítimos europeus, depois do império continental soviético, podendo ser percebida em acontecimento mais recente como no movimento de independência do Timor Leste. Esse movimento de internacionalização ou universalização deixa evidente que o Direito Internacional não é mais restrito a Europa ou América, mas sim uma realidade universal. A criação de espaços regionais, Estados se solidarizando, fortalece o Direito Internacional e, em matéria de Direito Internacional Penal se tem tratados diversos, valendo-se

¹⁷ MAIA, Marrielle. *op cit.*, p. 33.

¹⁸ DELMAS-Marty, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. São Paulo: Manole, 2004. p. 517.

¹⁹ LIMA, Renata Mantoveni de. *op. cit.* p.19.

ressaltar o ponto *humanização* em relação a esse processo de evolução do direito internacional. Este ganha uma face humanizadora com o nascimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos.²⁰

Nesse processo de estabelecimento de uma jurisdição internacional, há de se destacar fato ocorrido dia após a Primeira Guerra Mundial, quando em face de ímpetos patrióticos do momento e de uma vontade política se promoveu a idéia de que crimes praticados a época não poderiam ficar impunes. A França, diante de tanta devastação, vítimas, famílias, ferimentos físicos e psicológicos de soldados que voltaram dos combates, pugnou pelo julgamento e punição dos responsáveis pelos crimes. O senado votou em 15 de outubro de 1918 uma resolução exprimindo o desejo de conseguir a condenação dos autores responsáveis, sendo que *a justiça deveria ser a primeira condição da paz*. O deputado de Lille, M. Delory, exige a instauração de um processo, com o pretexto de que “não reclamar justiça seria um crime contra a França, um crime contra a humanidade”.²¹ Nesse contexto político favorável foi então assinado o art. 227 (relativo às sanções) do Tratado de Paz de Versalhes. Acreditava-se em uma nova ordem penal internacional. O Tratado de Versalhes não surtiu efeitos almejados, mas consistiu em uma tentativa de julgar em um tribunal internacional os responsáveis por barbáries cometidas durante a Primeira Guerra Mundial, mas foi a primeira pedra colocada no sentido de estabelecer uma nova ordem penal.²²

O Tratado de Versalhes possui indiscutível importância no estudo da justiça internacional penal, pois são evocados os arts. 227 a 230 como precedentes daquela. Surge naquele momento um novo posicionamento ou manifesto, no sentido de que fosse responsabilizado aquele que violou leis e usos da guerra, no caso concreto seria o Kaiser e seus colaboradores civis e militares. Cabia ainda a constituição de um tribunal especial para julgá-lo e reconhecendo explicitamente os direitos de defesa dos acusados. Consiste assim em um

²⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tribunal Penal Internacional e o direito brasileiro*. São Paulo, 2005. pp.16.

²¹ BAZELAIRE, Jean-Paul e CRETIN, Thierry. *A justiça Penal Internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia*. São Paulo, 2004. p.12 e 13.

²² BAZELAIRE, Jean-Paul e CRETIN, Thierry. *op. cit.*, p. 16 e 17.

avanço que, embora não tenha surtido os efeitos esperados, abriria precedentes para futuras iniciativas, sendo a mais próxima situada no período entre guerras.²³

O período entre as duas grandes guerras mundiais foi um período no qual surgiram diversos projetos doutrinários voltados à elaboração e aceitação de um Direito Internacional Penal. No plano diplomático, verificam-se esforços no sentido de organizar a segurança coletiva mediante a declaração de ilicitude da guerra de agressão. A Convenção de Genebra, de 27 de julho de 1929, impôs, pela primeira vez, aos estados Partes, o dever de reprimir, no direito interno, as infrações de certas regras do direito humanitário. Em 16 de novembro de 1937 surgiu a Convenção sobre o terrorismo, que, embora jamais tenha entrado em vigor, previu a criação de uma justiça penal internacional. Essa convergência doutrinária e diplomática em busca da regulamentação de atitudes bélicas evidencia a necessidade da formação de uma nova disciplina jurídica a serviço da paz.²⁴

Após a Segunda Guerra Mundial surgiram os Tribunais Militares. Há de se considerar o processo de evolução do Direito Internacional Penal e perceber que tais tribunais tiveram importância para sua formação. O Tribunal Militar Internacional de Nuremberg em muito contribuiu formação de um tribunal penal permanente. Visava punir as pessoas responsáveis por atrocidades praticadas durante a segunda grande guerra.

1.2 Contribuição do tribunal militar de Nuremberg

A Segunda Guerra Mundial chamou atenção do mundo para a ocorrência de condutas criminosas em nível assustador. Crimes de guerra, genocídio, atrocidades que até hoje são lembradas pela humanidade quando da discussão acerca de tema dessa natureza. Criminosos foram julgados e condenados no pós-guerra pelo tribunal de Nuremberg²⁵. Este tribunal

²³ MAIA, Marrielle. *op. cit.* p.25.

²⁴ MAIA, *idem.* p.26.

²⁵ O Tribunal Militar Internacional de Nuremberg consistiu em um tribunal fundado pelas potências vitoriosas na 2ª Guerra Mundial – Grã-Bretanha, França, União Soviética e Estados Unidos – tendo a Alemanha se rendido

representou um grande passo para o conceito de responsabilidade internacional pessoal assim como em outros âmbitos para punir autores dos maiores crimes contra a humanidade, apesar da existência de críticas por tratar-se de tribunais de vencedores contra vencidos²⁶.

Ao se revelar à opinião pública sobre a amplitude dos crimes da Segunda Guerra Mundial, e muito particularmente o choque entre o genocídio dos judeus, a brutalidade da agressão japonesa contra a China em primeiro lugar, e os Estados Unidos em seguida, vão dessa vez se revelar determinantes para implantação de tribunais internacionais. O testemunho dos sobreviventes dos campos, os depoimentos militares aliados que efetuaram sua libertação, os documentos apreendidos e os indícios de massacres descobertos mostram que os crimes perpetrados ultrapassaram no horror, e de muito longe, o que se conhece até agora sobre barbárie.²⁷

A noite de cristal²⁸ de novembro de 1938 deu à Alemanha o sinal de alarme espetacular da capacidade de destruição e humilhação da ideologia racial. Mas ainda é muito cedo para imaginar que essa manifestação vai evoluir posteriormente rumo a implantação de um sistema de extermínio erguido no nível da organização industrial. Ocorrida em 20 de janeiro de 1942 em Wannsee (pequena localidade próxima a Berlim), uma conferência reuniu os *staatssekretare* (secretários de Estado). Ela testemunha a vontade oficial dos mais altos responsáveis nazistas de implantar a “Solução Final” com a cooperação do conjunto dos ministérios. Ela também cria uma burocracia aterrorizante, cujos atores, ao mesmo tempo impessoais e intercambiáveis fazem da Alemanha nazista uma gigantesca organização administrativa e criminosa dedicada à destruição dos judeus na Europa. Desses relatos terríveis nasce a idéia do Tribunal Penal

incondicionalmente. O tribunal era composto por quatro juízes titulares e quatro juízes suplentes, apontados por cada uma das potências. Os acusadores também eram nacionais de tais países. O Tribunal declarou-se competente para julgar os crimes contra a paz, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade, só que este a época era vinculado a crimes de guerra e paz. Foram julgados pelo tribunal os mais importantes crimes nazistas. Os processos menores ficaram para os Estados onde haviam sido cometidos. Tem-se como resultado do julgamento pelo tribunal de Nuremberg 12 condenações por enforcamento, 3 de prisão perpétua, 2 a 20 anos de prisão, 1 a 15 anos de prisão, 1 a 10 anos de prisão e 2 absolvições. LIMA, Renata. *op. cit.* p. 23.

²⁶ MONTOLIU, Ana. *Los tribunales Penales Internacionales ad hoc para ex Yugoslavia y Ruanda: organización proceso y prueba*. Valência, Espanha, 2003. p.11.

²⁷ BAZELAIRE, Jean-Paul e CRETIN, Thierry. *op. cit.*, p.19.

²⁸ Noite de Cristal refere-se à conferência realizada em 20.01.42, em Wannsee, próximo a Berlim – Alemanha, onde secretários de Estado manifestam a vontade de implementar o sistema de destruição dos Judeus em toda Europa.

Internacional de Nuremberg, tão indispensável parece aos Aliados a punição, de outra forma que não apenas pelas armas, das extorsões daqueles cujo objetivo exclusivo foi eliminar um povo.²⁹

O *Tribunal Militar Internacional de Nuremberg* não nasceu espontaneamente e subitamente no fim da Segunda Guerra Mundial. Na realidade, durante todo o conflito, os Aliados e os representantes dos governos da Europa no exílio encontraram-se diversas vezes para considerar a sorte que estaria reservada aos responsáveis nazistas após o conflito. As potências Estados Unidos, União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, Grã-Bretanha, fizeram acordo para que fossem julgados e punidos os responsáveis pelos crimes de guerra. A criação do tribunal militar internacional deu-se em 8 de agosto de 1945, tendo a França se juntado a essas três mencionadas ainda nesse período. Cada país aliado envia um titular e um suplente com a missão de garantir um processo e uma punição justos e rápidos para os principais criminosos de guerra nazistas.³⁰ A revelação ao mundo inteiro da exterminação de milhões de pessoas por razões raciais ou religiosas pelos nazistas levou a instituição da Carta de Londres.³¹

A formalização dessa Carta³² representativa de um acordo estabeleceu competência material do tribunal conferindo a ele a missão de julgar os crimes contra a paz, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade.³³ As penas incorridas para tais casos são a de morte ou qualquer outra pena que o tribunal estime justa ou apropriada. O TMI é sediado no Palácio de

²⁹ BAZELAIRE, *op. cit.*, p.20.

³⁰ BAZELAIRE, Jean-Paul e CRETIN, Thierry. *op. cit.*, pp.20 e 21.

³¹ BOURDON, William e DUVERGER, Emmanuelle. *La Cour pénale internationale. Le statue de Rome*. France, 2000, France. p.17.

³² Em 08 de agosto de 1945, após o fim da Segunda Guerra Mundial, os Britânicos, Franceses, Americanos e Soviéticos se encontraram em Londres e assinaram um acordo que criou o Tribunal de Nuremberg, acertando as regras para o julgamento dos responsáveis pelas atrocidades nazistas, bem como definindo crimes a serem tratados.

³³ Definiram-se como tais condutas os crimes contra a paz: a direção, a preparação, o desencadeamento ou a continuação de uma guerra de agressão; a guerra em violação dos tratados, garantias ou acordo internacionais; a participação em um plano premeditado ou em um complô para a execução de um dos casos supracitados. Crimes de guerra: constituídos pela violação das leis e dos costumes de guerra. Essas violações englobam especialmente o assassinato, os maus tratos e a deportação para trabalhos forçados ou qualquer outro objetivo, das populações civis nos territórios ocupados; o assassinato ou maus tratos dos prisioneiros ou das pessoas no mar; a execução de reféns; a pilhagem de bens públicos ou privados; a destruição ou devastação sem motivo das cidades e vilarejos não justificadas pelas exigências militares. Crimes contra a humanidade: o assassinato, o extermínio, a redução à escravidão, a deportação e outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil, antes ou durante a guerra; perseguições por motivos políticos, raciais, religiosos, quando, quer tenham constituído ou não uma violação do direito interno do país em que foram perpetradas, forem cometidas após qualquer crime que faça parte da competência desse tribunal, ou vinculadas a esse crime. BAZELAIRE, *op cit.* pp. 20-22.

Justiça de Nuremberg, tendo em vista ter espaço amplo, não foi muito danificado pela guerra e ainda havia uma grande prisão adjacente ao próprio Palácio. Foram levados a julgamento 24 responsáveis nazistas e das seis organizações criminosas.³⁴ Os veredictos dados são doze condenações à morte, nove à prisão perpétua ou temporária, e três absolvições (cujas acusações não foram levadas adiante).³⁵

As atrocidades nazistas mundialmente conhecidas a partir do julgamento de responsáveis pelo Tribunal de Nuremberg trouxeram a tona à necessidade de elaboração de convenção para *prevenção e repressão ao crime de genocídio*.³⁶ Atualmente, o Estatuto do TPI apresenta em seu art. 6º uma definição acerca de tal crime, retomando palavra por palavra a convenção contra o genocídio, que serviu ainda *in extenso* nos dois estatutos dos TPIs para ex-Iugoslávia (art. 4º) e Ruanda (art.2º).³⁷

O Tribunal de Nuremberg contribuiu no processo para criação de uma jurisdição penal internacional, configurando o princípio da responsabilidade penal internacional do indivíduo na medida em que tanto o Estatuto quanto as sentenças do tribunal estabeleceram de forma expressa a responsabilidade dos criminosos de guerra. Verificou-se ainda no tribunal de Nuremberg que a responsabilidade do indivíduo não decai em razão do princípio da soberania nem por ordem hierárquica, não sendo aplicáveis imunidades de modo algum àqueles que são considerados criminosos pelo direito internacional.³⁸

³⁴ Organizações criminosas são os órgãos dirigentes do NSDAP (Partido Nacional-Socialista dos Trabalhadores Alemães), os SS, AS, o governo do Reich, o Estado-maior, a Gestapo e os serviços de segurança. *Idem.* p.24.

³⁵ *Idem.* p. 24.

³⁶ Assinada em Paris. Em assembléia da Organização das Nações Unidas ficou declarado – Resolução nº 96 (I), de 11.12.48, tendo sido declarado que o genocídio é um crime contra o direito internacional, contrario aos fins das nações unidas e que o mundo civilizado condena.

³⁷ BAZELAIRE, *op cit.*, p.69.

³⁸ DELGADO, Isabela e MARTINEZ, Madalena M. Martin. *La Corte Penal Internacional*. Barcelona, 2001. pp. 9 e 10.

1.3 Tribunais penais *ad hoc* para Ex-Yugoslávia, Ruanda e Extremo Oriente

Os tribunais para ex-Iugoslávia (TPIY) e Ruanda (TPIR) constituem realizações efetivas no processo de formação de uma jurisdição penal no plano internacional. Esses órgãos possuíam caráter limitado, assim como ocorreu com os tribunais militares de Nuremberg e Tóquio, vez que se trataram de jurisdições *ad hoc*. Tais tribunais responderam a pressupostos muito semelhantes, tanto no tocante a procedimento de criação quanto ao fundamento jurídico e justificação.³⁹ Para criar esses tribunais, o Conselho de Segurança observou a magnitude e gravidade de certas crises humanitárias decorrentes de persistente violação de direito humanitário, qualificou-as sendo ameaçadoras para paz e segurança internacionais. Criou também comissão para investigar e analisar as situações de conflito. Constatadas as violações massivas, procedeu-se a criação do TPI para julgar os responsáveis pelos crimes, a exemplo do caso da ex-Iugoslávia.⁴⁰

O estabelecimento do tribunal *ad hoc* para a ex-Iugoslávia demonstrou o repúdio da comunidade internacional a crimes gravíssimos violadores de direitos humanos que ocorreram nesses territórios entre 1991 e 1993, tendo contribuído para o processo de formação de uma corte internacional penal de caráter permanente. A formação de um TPI para a ex-Iugoslávia deu-se em razão da reação de instâncias internacionais contrárias a massacres, expulsões, deslocamentos e população visando à purificação étnica, em nome da qual os nacionalistas sérvios tentam fazer com saíssem da região os não-sérvios.⁴¹

Esse tribunal – TPIY – criado pelo Conselho de Segurança da ONU⁴², foi constituído em 17 de novembro de 1993, possuía poderes para julgar graves violações à Convenção de Genebra, violações de leis e costumes de guerra, genocídios e crimes contra a humanidade perpetrados na ex-Iugoslávia. O Estatuto do TPIY continha dispositivos concernentes

³⁹ *Idem.* p.40.

⁴⁰ *Idem.* p.41.

⁴¹ A partir de outubro de 1992 a Comissão de DH da ONU publicou relatório denunciando a “limpeza étnica como objetivo de guerra”. Em maio de 1994, o Conselho de Segurança toma conhecimento das conclusões do relatório encomendado a uma comissão de especialistas dirigida pelo egípcio Cherif Bassiouni: “Os atos de limpeza étnica não foram cometidos por grupos isolados ou bandidos”. Tudo “colabora para revelar um objetivo, uma sistematização, assim como certo planejamento e uma coordenação por parte das mais altas autoridades.” BAZELAIRE, *op cit.*, p.51.

⁴² Conforme Resolução nº 827, de 25 de maio.

responsabilidade penal individual dos chefes de Estado, altos funcionários e pessoas inseridas no exercício de funções oficiais. Toda pessoa em posição de autoridade deveria ser individualmente responsável por ter dado ordem ilegal para prática de crime descrito no estatuto do Tribunal Internacional.⁴³

O TPI para a ex- Iugoslávia, instalado em Haia (onde há sua sede) dia 17 de novembro de 1993, foi composto por 11 juizes eleitos pela Assembléia Geral das Nações Unidas, e ainda, por um procurador nomeado pelo Conselho de Segurança. Disponha de um Estatuto, adotado pela resolução nº 827 (que procurou respeitar o princípio da legalidade criminal) e de um regulamento de procedimento e prova. [...] ⁴⁴

Pouco após a constituição do TPIY o Conselho em comento criou o Tribunal Penal Internacional para Ruanda – TPIR⁴⁵ – em resposta ao genocídio e outras situações de flagrantes violações de leis humanitárias internacionais ocorridas naquele país. A jurisdição do Tribunal visava julgamento de crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, violações do art. 3º, comuns a Convenção de Genebra, de 12 de agosto de 1949, para proteção de vítimas de guerras. A atuação jurisdicional do referido tribunal limitava-se aos atos cometidos no território de Ruanda ou contra cidadãos desse país responsáveis pelas violações, no período de 1º de janeiro e 31 de dezembro de 1994, quando membros dos grupo étnico Tutsi e seus simpatizantes foram massacrados ou atacados por membros do grupo étnico Hutu.⁴⁶

Importa destacar que as Nações Unidas reconheceram efetivamente a ocorrência de genocídio em Ruanda, entre abril de julho de 1994, tendo como motivação um acesso de ódio tribal entre as duas etnias principais que compõem a população hutu (80%) e tutsi (menos de

⁴³ CARTER, Raymond H. A. *Le Tribunal Penal por l'ex-Yougoslavie*. Paris: L'Harmattan, 2005.

⁴⁴ Le << TPI por l'ex-Yougoslavie >>, installé à La Haye (où il a son siège) le 17 novembre 1993, est composé de 11 juges élus para l'Assemblée générale des Nations Unies et d'un procureur nommé para le Conseil de Sécurité. Il dispose d'un statut, adopté para la résolution 827 (qui s'efforce de respecter le principe de la légalité criminelle) et d'un Règlement de procédure et de preuve. HUET, André; JOULIN-KOERING, Renée. *Droit Pénal International*. Presses Universitaires de France. Paris, 1994. p.28.

⁴⁵ Consternado pelos massacres de 5 à 800.000 Tutsis e opositores hutus ocorridos em 1994 em Ruanda e sobre o território de Estados vizinhos (notadamente dentro dos campos de refugiados no Zaire), o Conselho de segurança a ONU instituiu, em 8 de novembro de 1994, um tribunal internacional para << julgar as pessoas presumidas como responsáveis de atos de genocídio ou outras graves violações do direito internacional humanitário ocorridos no território de Ruanda e os cidadãos ruandeses supostamente responsáveis por tais atos de violação praticados sobre territórios de Estados vizinhos, no período entre 1º de janeiro e 31 de dezembro de 1994>> (Resolução 955:JO, de 31 agosto 1996, p.38004). HUET, André. KOERING-JOULIN, Renée. *Droit pénal international*. 2ªed. France, 2001. pp.30 e 31.

⁴⁶ LIMA, Renata Montovani de; BRINA, Marina da Costa. *O Tribunal Penal Internacional*, 2006.p.35 e 36.

20%). Em 23 de junho de 1994, com base na resolução do Conselho de Segurança da ONU, 2.500 soldados franceses da operação “Turquoise” se separaram em Ruanda, vindos do Zaire, apesar da oposição da Frente Patriótica Ruandense - FPR e da hesitação da Organização da Unidade Africana. Alguns dias depois a Comissão de Direitos Humanos da ONU publica relatório afirmando o caráter sistemático do genocídio. Em 17 de julho, o genocídio termina com a tomada pela FPR da última cidade nas mãos das forças governamentais. Ato de genocídio foram confirmados não apenas em relação aos hutus, mas também aos tutsis.⁴⁷

As atividades do TPIR tiveram início em novembro de 1995. Em agosto de 1999 foram acusadas formalmente 48 pessoas, aplicando-se prisão provisória a 38 delas.⁴⁸ Foram pronunciados e condenados em primeira instância e por genocídio e crimes contra a humanidade três pessoas.⁴⁹ Ressalte-se que, pela primeira vez, desde a Segunda Guerra Mundial se verifica pronuncia e condenação por crime de genocídio.

Os tribunais *ad hoc* para ex-Iugoslávia e para Ruanda apresentam a característica de não serem permanentes. Os respectivos estatutos foram frutos de decisão do Conselho de Segurança da ONU. O Tribunal Penal Internacional – TPI, apresenta-se com caráter permanente e tem como base um Estatuto de Roma, o qual foi estabelecido a partir de convenção entre Estados. Nesse contexto, importa frisar, que se deve muito as jurisdições dos tribunais *ad hoc* que contribuíram para o TPI permanente. A atuação dos tribunais *ad hoc* significou a primeira delimitação para a compreensão de que os Estados apresentavam-se sem condições para exercer a jurisdição interna, demonstrando-se incapazes de processar e julgar os responsáveis pelos crimes de genocídio e crimes contra a humanidade, praticados em seus territórios ou região.

⁴⁷ BAZELAIRE, *op cit.*, p p.57 e 58.

⁴⁸ *Idem.* p.59.

⁴⁹ HUET, André; JOULIN-KOERING, Renée. *Droit Pénal International*. Paris, 1994. p.31.

2. O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

A custa de muito sangue derramado durante vários períodos históricos marcantes, conseguiu-se criar uma Justiça Internacional Penal. O nascimento de tal Corte, a qual tem como esteio o Estatuto de Roma de 1998, demarca uma nova era na história do Direito Internacional e das Relações Internacionais.⁵⁰ Foram observados no capítulo anterior alguns pontos acerca de eventos históricos, tribunais *ad hoc* e suas contribuições para estatuir um sistema normativo penal de cunho internacional e permanente. Este instrumento – Estatuto de Roma – possibilitou concretizar o que há muito era desejado por grande parte dos países do mundo: o estabelecimento de uma jurisdição penal internacional permanente, de caráter complementar para julgamento de crimes internacionais⁵¹ que ferem violentamente a primazia da dignidade da pessoa humana.

2.1 Efetivação do TPI como órgão permanente

O mundo mudou após a criação dos tribunais internacionais pós-segunda guerra mundial. No que toca a internacionalização de direitos humanos, produziu-se um crescimento nunca antes visto. O TPI é hoje um órgão global e em atividade. O fato é que meio ao processo de transformações do pós-segunda guerra e até 1998 não existia ainda aprovado um Estatuto para sua criação. Este somente foi aprovado no ano de 1998.⁵²

No dia 11 de abril de 2002 o mundo toma ciência de um acontecimento que simboliza para a história um marco: o processo de afirmação da justiça universal. As Nações Unidas comemoram o depósito de 60 (sessenta) instrumentos de ratificação necessários para entrada em

⁵⁰ MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. *Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro*. São Paulo, 2005.p.15.

⁵¹ Esses crimes suas características serão apresentados detalhadamente no decorrer do capítulo.

⁵² O Estatuto do TPI foi aprovado em 17.07.1998, por 120 Estados, conta apenas 7 votos contrários – Estados Unidos, Israel, China, Filipinas, Índia, Sri Lanka e Turquia – e 21 abstenções.⁵² Frises-se que EUA e Israel vieram a assinar o Estatuto em 31.12.2000, todavia, após os atentados terroristas de 11.09.2001, em Nova York e Washington, e ainda, após as operações de Guerra no Afeganistão e na Palestina, tornou-se inviável a ratificação, tendo ambos externado ao Secretário-Geral da ONU a não intenção de se tornarem partes no tratado. LIMA, *op cit.*, p.51.

vigor do Tribunal Penal Internacional, vindo este a entrar em vigor no primeiro dia de julho desse mesmo ano.⁵³

A comemoração pelas Nações Unidas da entrada em vigor do referido Estatuto adveio do fato de que para entrar em vigor o próprio Estatuto exigia, com base no art. 126, a efetiva ratificação por 60 (sessenta) Estados. Percebe-se, desde a aprovação, que contou com 120 (cento e vinte) Estados, que estes externam a plena intenção da existência de uma jurisdição penal internacional, capaz de agir na persecução criminal diante da ocorrência dos crimes.

A configuração do órgão que ali se apresentava de maneira marcante ia além dos ideais de justiça e dentro da perspectiva internacional, pois se tratava de um tribunal permanente capaz de investigar e julgar indivíduos acusados das mais graves violações de Direito Internacional Penal. E ainda, a jurisdição do TPI não estará restrita a uma situação específica como no caso de tribunais militares anteriormente criados, mas sim traz consigo ampla abrangência prevista no Estatuto.⁵⁴

Conforme o Estatuto de Roma o TPI é uma pessoa jurídica de Direito Internacional com capacidade necessária para desempenhar suas funções e objetivos. Considerando o disposto no art. 4,§ 1º e 2º do Estatuto, o TPI tem legitimidade para o exercício dos poderes e funções no território de qualquer Estado-parte, podendo ainda, a partir de acordo especial, desenvolver suas atividades no território de qualquer outro Estado. Tendo em vista o caráter de complementariedade, a jurisdição incidirá apenas em casos raros, quando as medidas internas dos países se mostrarem insuficientes ou omissas, no que respeita ao processo e julgamento dos acusados, bem como quando desrespeitarem as legislações penal e processual internas. Será o TPI composto inicialmente por 18 juizes, podendo haver aumento nesse número. Eleitos dentre pessoas de elevada idoneidade moral, imparcialidade e integridade.⁵⁵ Os juizes têm mandato máximo de nove anos, sem possibilidade de reeleição. No tocante ao Promotor, este será eleito

⁵³ BLÁZQUEZ PEINADO, Maria Dolores. La Corte Penal Internacional y su aportación a la teoría general de las Organizaciones Internacionales. In: COLOMER, Juan Luis. CUSSAC, José Luis e outro. La Corte Penal Internacional: Um estudo interdisciplinar. Valência: tirant lo blach, 2003.p.108.

⁵⁴ LIMA, Renata. *op cit.*, p.54.

⁵⁵ A Dra. Sylvania Helena de Figueiredo Steiner, Desembargadora do TRF da 3ª Região / Justiça Federal / Brasil, foi eleita para o cargo de Juíza do TPI. O art. 36, § 9º, alínea C do Estatuto de Roma dispõe sobre requisitos para o cargo de Juiz.

por escrutínio secreto e por maioria absoluta de votos dos membros da Assembléia dos Estados-partes, para um mandato de nove anos, sendo vedada reeleição.⁵⁶

Há de se destacar a questão da *cooperação internacional* por parte dos Estados-partes, os quais devem obediência ao Estatuto. Cabe a eles cooperarem com o TPI tanto na parte investigatória – inquérito - quanto no processo que versem sobre os crimes internacionais. É o tribunal quem encaminha pedidos de cooperação aos Estados, cabendo a estes indicar no instante da ratificação do Estatuto de que forma deseja ser notificado.⁵⁷ Para que haja efetividade acerca da cooperação, deve cada país possuir legislação processual adequada – lei específica sobre cooperação com o TPI.⁵⁸ Sem o intermédio dos tribunais nacionais, as cortes internacionais não podem operar. O artigo 86 do Estatuto faz a previsão da cooperação que se mostra essencial para um eficaz funcionamento do TPI em diferentes etapas da investigação e processo. Devem ainda os Estados, conforme art. 88, assegurar-se que o seu direito interno prevê procedimentos que permitam responder a todas as formas de cooperação constantes do Estatuto.⁵⁹

Ao se adotar uma relação de cooperação entre o TPI e os Estados procurou-se evitar qualquer situação de prevalência do Tribunal sobre Estados. Primou-se pela proteção das soberanias estatais. Sabe-se que paralelamente a evolução do direito internacional existe mudança no discurso acerca do princípio da soberania, vez que sempre foi evocado como escusa para não-cumprimento de obrigações internacionais. O direito internacional foi reconstruído após a Segunda Guerra Mundial, com atenção aos direitos do ser humano.⁶⁰

⁵⁶ MAZZUOLLI, *op cit.*, pp.40 e 40.

⁵⁷ Conforme dispõe os arts. 86 e 87, § 1º do Estatuto de Roma.

⁵⁸ No Brasil, a Portaria nº 1.036, de 13 de novembro de 2001, designa Grupo de Trabalho para elaborar um Anteprojeto de Lei para implementação do Estatuto de Roma, propondo os dispositivos legais necessários para tipificar os delitos, adaptação das normas processuais brasileiras e regulação das formas de cooperação do Brasil com o TPI.

⁵⁹ LIMA, Renata. *op cit.*, p.67.

⁶⁰ A multiplicação dos instrumentos internacionais, após o final das grandes guerras – a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, os Pactos Internacionais dos Direitos Cívicos e Políticos e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966, marcou a consolidação da proteção internacional dos direitos humanos. MAIA, Marrielle. *Op cit.*, pp.35 e 36.

O TPI sendo uma entidade permanente, tem certa singularidade própria, um aparato funcional diferenciado em relação a outras instituições internacionais, sendo importante destacar aspectos da *estrutura que possibilita o funcionamento desse tribunal*. A Assembléia dos Estados-partes⁶¹ em muito se assemelha quanto à composição, funcionamento e competências às da Assembléia Geral das Nações Unidas. Cada Estado Parte designara um representante para a Assembléia com seus substitutos e conselheiros.⁶² Será eleita pela Assembléia uma Secretaria composta por um Presidente, dois Vice-Presidente e 18 membros eleitos para mandatos de três anos e no que se refere as regras para adoção das decisões cada Estado Parte tem direito a um voto e todos esforços devem ser feitos para alcançar decisões por consenso. Não poderá votar o Estado Parte que estiver em atraso com a contribuição financeira para as despesas do Tribunal.⁶³

No que concerne ao *financiamento* do TPI adotou-se o princípio de autonomia financeira, segundo o qual as despesas do Tribunal e da Assembléia dos Estados-partes serão pagas pelos fundos do Tribunal, tendo como fontes: a) as cotas dos Estados Partes, ajustadas em sintonia com os princípios norteadores da tabela das Nações Unidas para seu orçamento; b) pelos fundos provenientes da ONU; c) por contribuições voluntárias. Estas contribuições poderão ser utilizadas pelo Estatuto na qualidade de fundos adicionais, que podem ser fornecidos por governos, organizações internacionais, indivíduos particulares, etc. conforme critério estabelecidos pela Assembléia dos Estados-partes. A contabilidade do TPI se faz anualmente por auditor independente.⁶⁴

Cabe ressaltar, considerando o aspecto de manutenção do caráter permanente do TPI que o Estatuto de Roma traz em seu art. 120 disposição acerca da não possibilidade de reservas. Significa dizer que o Estado-parte não pode, quando da assinatura, ratificação ou aprovação de

⁶¹ A Assembléia dos Estados-partes pode: estabelecer quantos órgãos subsidiários considere necessários; aprovar seu próprio regulamento interno; e utilizar os mesmos idiomas de trabalho que a Assembléia Geral. (Art. 112 (10), do Estatuto).

⁶² Entre as funções da Assembléia destacam-se: examinar e adotar, caso conveniente, as recomendações da Comissão Preparatória; proceder a escolha do Procurador e dos Juizes; estabelecer juntamente com o Presidente, Procurador e Secretário, as regras administrativas gerais do Tribunal; analisar e aprovar o orçamento do tribunal; decidir sobre a alteração do numero de juizes (art. 33 do Estatuto); examinar questões relativas a não-cooperação dos Estados; e realizar qualquer outra função compatível com as disposições procedimentais ou estatutárias (art. 112 (2) do Estatuto).

⁶³ LIMA, Renata. *op cit.*, pp.63 e 64.

⁶⁴ LIMA, Renata. *op cit.*, p.65.

um tratado, declarar unilateralmente intenção de modificar o efeito jurídico de certas disposições.⁶⁵ Seria assim, o conteúdo do art. 120, uma disposição voltada para evitar certos conflitos de interpretações existentes sobre quais reservas são e quais não são admitidas pelo Direito Internacional.⁶⁶ No tocante a alteração no Estatuto, dispõe o art. 121 ser possível fazê-lo após sete anos de vigência. O Secretário Geral da ONU recebe a proposta, dá ciência a todos os Estados-partes que, após três meses da notificação, em Assembléia, decidir por maioria dos presentes e votantes.⁶⁷

Ainda acerca da impossibilidade de reservas ao corpo do texto do Estatuto de Roma, tem-se que essa proibição não é absoluta. Alguns países, quando da manifestação de suas adesões ao Estatuto, encaminharam ao Secretário Geral da ONU diversas manifestações de vontade, algumas com indiscutível natureza de reservas. O próprio governo brasileiro formalizou declaração expressando preocupação quanto à compatibilidade de algumas disposições do TPI para com a CR / 1988. Entende-se que para se atingir o objetivo do TPI, qual seja, acabar com a impunidade dos responsáveis por crimes internacionais, há de se considerar as manifestações de vontade, declarações dos Estados, no sentido de adequação de suas disposições às respectivas ordens constitucionais. Entende-se assim que de uma forma ou de outra essas situações são necessárias e ultrapassam a barreira proibitiva do art. 120 no tocante a apresentação de reservas, não sendo ela absoluta.⁶⁸

A estrutura do TPI conta com a cooperação entre os Estados-partes, seja pela colaboração no aspecto financeiro, seja no agir internamente contribuindo para sua atuação, permite melhor relacionamento entre as jurisdições internacionais e internas. Deve-se, contudo, tratar de maneira sensível o aspecto soberania pois sua relativização é algo que progride lentamente. Daí a importância do princípio da complementariedade do TPI no sentido de que este somente atua de maneira subsidiária, pois cabe sempre aos Estados, quando capazes e

⁶⁵ Vide art. 2º (I) (d) da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.

⁶⁶ MAZZUOLI, *op cit.*, p.135.

⁶⁷ O art. 123 do Estatuto diz ser possível revisão do mesmo após sete anos, podendo haver incidência inclusive sobre lista de crimes elencados no art. 5º.

⁶⁸ GUEIROS SOUZA, Artur de Brito. *Reservas ao Estatuto de Roma – Uma análise do direito de reserva aos tratados multilaterais e seus reflexos no Estatuto do TPI*. In.: AMBOS, Kai e JAPIASSÚ, Carlos E. Adriano. *Tribunal Penal Internacional. Possibilidades de Desafios*. Rio de Janeiro, 2005. pp. 89 e 117.

desejosos, aplicarem a jurisdição interna e julgar os responsáveis pelos crimes internacionais praticados. Em relação a esses crimes, os quais possuem características próprias, faremos a seguir algumas considerações.

Observação a ser feita é que não obstante a criação do TPI e uma vez em vigor o Estatuto de Roma, houve tentativas por vários Estados no sentido de minar a competência e a atuação do Tribunal. Nesse sentido, destaca-se em diversos momentos desde o ano de 2003, as inúmeras tentativas dos Estados Unidos para não ter seus soldados e combatentes submetidos à jurisdição do TPI, e ainda, ameaças de sanções econômicas e diversas outras à países que se recusassem a celebrar acordos bilaterais com os Estados Unidos de não extradição dos soldados americanos, para evitar a submissão de seus combatentes e cidadão à jurisdição do TPI. Vale ressaltar que ao final do mandato de Bill Clinton, os EUA assinaram o Estatuto de Roma, confirmando o aceite precário e provisório para posterior ratificação. No entanto, no primeiro mandato de George W Busch, este imediatamente retirou a assinatura do EUA ao referido Estatuto.⁶⁹ A respeito do posicionamento contrário dos EUA em face do TPI, serão feitas considerações no capítulo 5.3 desse trabalho. É significativo destacar a partir de agora os crimes internacionais de competência desse tribunal destacando características singulares dessas condutas.

2.2 Crimes de competência do TPI

Ao se pensar acerca de condutas descritas ou a serem descritas como criminosas, de pronto exige-se a compreensão de quais bens jurídicos estão sendo objeto de proteção. Proteção ocorre quando há prevenção e repressão aos perpetradores das mais atrozes violações de direito internacional humanitário. Os bens jurídicos especificamente definidos são a dignidade da pessoa humana, a vida, paz e segurança internacionais – bens a serem universalmente tutelados – vez que infrações penais dessa monta atingem toda a comunidade global. Desta forma, objetivando proteção a tais bens jurídicos e após trabalhos realizados pelo Comitê Preparatório da Conferência de Roma, assim como a maximização de signatários, foram contemplados pelo

⁶⁹ GUERRA, Bernardo pereira de Lucena Rodrigues. *Direito internacional dos direitos humanos*. 2006, p.218.

Estatuto de Roma os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão.⁷⁰ Tais crimes são considerados os mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto.⁷¹

O tribunal não é competente para julgar crimes ocorridos antes da entrada em vigor do Estatuto em um Estado-parte, vez que tais eventos ocorreram em momento anterior. Não ocorre assim retroatividade, daí fica o TPI impedido de exercer sua jurisdição. Cabe assim ao Estado julgar internamente àquele a quem se imputa a conduta ilícita. Também não compete ao TPI julgar pessoas menores de 18 anos.

A competência do Tribunal em relação aos referidos crimes só vigora em relação àquelas violações praticadas depois da entrada em vigor do Estatuto. Caso um Estado se torne parte no Estatuto depois de sua entrada em vigor, o Tribunal Penal Internacional só poderá exercer sua competência em relação aos crimes cometidos depois da entrada em vigor do Estatuto nesse Estado. [...] ⁷²

No art. 5º do Estatuto de Roma utilizou-se de um regime restrito no tocante aos crimes elencados, não tendo imposto responsabilidade individual criminal para os crimes de ameaça de agressão; intervenção; dominação colonial; tráfico internacional de drogas; terrorismo. Inúmeras Delegações desejavam direcionar a jurisdição da Corte no sentido de apenas os crimes mais reconhecidos pela comunidade internacional, objetivando atrair mais signatários possíveis ao invés de exaltar a jurisdição universal. O fato é que a excessiva vagueza de definição dos crimes propostos incrementaria por demais os abusos do Ministério Público. Ficou, contudo, inserida no Estatuto⁷³, a possibilidade de incluir na competência do tribunal, no futuro, outros crimes que a comunidade internacional venha a desejar.⁷⁴

⁷⁰ LIMA, Renata. *op cit.*, pp.103 e 104.

⁷¹ BAZELAIRE, *op cit.*, 2004,p.68.

⁷² MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. *Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro*. 2005, p.48

⁷³ Arts. 121 e 124 do Estatuto de Roma.

⁷⁴ SUNGA, Lyal S. A competência Ratione Materiae da Corte Internacional Criminal: Arts. 5 a 10 do Estatuto de Roma. In: CHOUKR, Fauzi Hassan e AMBOS, Kai. *Tribunal penal internacional*. 2000, p.192 a 195.

Foi estabelecida ao final competência do Tribunal para persecução penal dos crimes de maior relevância e amplamente reconhecidos pela comunidade internacional, quais sejam: genocídio, crimes contra a humanidade, de guerra e agressão. A seguir algumas considerações acerca de cada um deles serão apresentadas, ressaltando que foram levantados alguns obstáculos ao crime de agressão quando de sua inclusão no Estatuto, não tendo sido o mesmo definido como os demais, no entanto, na seqüência se fará abordagem do que ensejou essa ausência.

Considerando a ordem apresentada no Estatuto de Roma no tocante aos crimes, o crime de **genocídio** é o primeiro e se acha descrito no art. 6º.⁷⁵ Tal crime ofende diretamente os direitos humanos, podendo ser descrito ocorrência no século XX nos episódios: massacre pelos turcos contra armênios durante a primeira Guerra Mundial; posteriormente, na Segunda Guerra, pelas barbáries perpetradas aos judeus na Alemanha Nazista; e, recentemente, nos conflitos étnicos na ex-Iugoslávia e as atrocidades aos hutus pelos tutsis em Ruanda.⁷⁶

A consagração do crime de genocídio, pelo Estatuto de Roma, é bom que se frise, se deu nos exatos 50 anos da proclamação, pelas Nações Unidas, da Convenção sobre a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio. Trata-se portanto, de um dos maiores e mais importantes presentes, já entregues à humanidade, pelo cinquentenário da Convenção de 1948.[...] ⁷⁷

O texto do art. 6º do Estatuto em comento dispõe acerca de atos cometidos com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso. Foram enumeradas as seguintes atos: a) homicídio de membros do grupo; b) ofensa grave à integridade física ou mental de membros do grupo; c) sujeição intencional do grupo a condições de existência capazes de provocar sua destruição física, total ou parcial; e d) transferência forçada de pessoas de um grupo para outro.

⁷⁵ O art. 6º do Estatuto de Roma repete palavra por palavra a definição do art. II da Convenção de Prevenção e Punição ao Crime de Genocídio, adotada em 09.12.1948. Nos arts. 4 e 2 dos Estatutos dos tribunais de Ruanda e antiga Iugoslávia, consta que “genocídio” significa qualquer dos atos cometidos com intenção de destruir, no todo ou em parte, uma nação, etnia, raça ou grupo religioso.

⁷⁶ LIMA, Renata. *op cit.*, p.106.

⁷⁷ MAZZUOLLI, *op cit.*, p.50.

Ao se analisar mais detalhadamente o texto presente no referido artigo, surge a indagação de “quantas pessoas devem ser mortas para que se tipifique o crime como genocídio?” Para alguns seria esse o maior defeito pois a lei penal clama sempre por precisão. Em verdade deve-se fugir do senso comum quando da definição desse crime. Basta haver uma pessoa morta para ser considerado como cometido. O mais importante é perceber o propósito que é a prevenção de sua ocorrência, já declinados desde a Convenção Contra o Genocídio. Pode-se imaginar, por outro lado, que os juizes do TPI exercitarão com alta dose de cautela seus poderes para definir se houve ou não o delito, dada a gravidade do crime de genocídio.⁷⁸

O crime de genocídio constitui o mais grave atentado contra a paz e a segurança da comunidade internacional. É de se considerar, todavia, que omissões concernentes ao crime persistem, mesmo no âmbito do Tribunal.⁷⁹ Ainda que carente de ajustes ou definição em alguns pontos, tal crime sempre foi considerado como o mais hediondo dos crimes contra a humanidade, tendo sido inserido no Estatuto de Roma, contribuindo assim para construção do processo de conscientização e prevenção em face de novas ocorrências.

Os **crimes contra a humanidade** foram inseridos no Estatuto de Roma em seu artigo 7º que os define como atos cometidos em um quadro de ataque, de modo generalizado ou sistemático, direcionado contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque. O artigo enumera ainda quais atos são assim considerados⁸⁰

O art. 7 (1) determina que: para os propósitos deste Estatuto, crimes contra humanidade significa qualquer dos atos a seguir que, cometidos como parte de um ataque amplo e sistemático direcionado contra qualquer população civil, com conhecimento do ataque e, então lista: assassinato, extermínio, escravidão, deportação ou transferência forçada de população, aprisionamento ou outras severas privações da liberdade física com violação de regras fundamentais de direito internacional, tortura, estupro, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência sexual de comparável gravidade; perseguições contra um identificável grupo ou coletividade política, racial, nacionalidade, etnia, cultura, religião, gênero tal como definido no § 3º, ou outros graus universalmente reconhecidos como não permitidos pela lei internacional, em conexão com qualquer ato referido neste parágrafo abarcados pela jurisdição da Corte;

⁷⁸ SUNGA, Lyal S. A competência Ratione Materiae da Corte Internacional Criminal: Arts. 5 a 10 do Estatuto de Roma. In: CHOUKR, Fauzi Hassan e AMBOS, Kai. Tribunal penal internacional. 2000, p.199.

⁷⁹ LIMA, Renata. *op cit.*, p.110.

⁸⁰ O artigo 7º do Estatuto de Roma descreve esses atos. Letras “a)” a “i)”. Vide Estatuto na parte final desse trabalho.

desaparição forçada de pessoas; crime de *apartheid*; outros atos inumanos de caráter similar que intencionalmente causa dor ou grande sofrimento ou sérias ofensas à integridade física ou mental. [...] ⁸¹

Importa destacar que o artigo em referência apresenta três formas para indicar ser a ação praticada crime contra a humanidade, podendo ser desenvolvida qualquer uma delas para a configuração do crime. Primeiro se faz necessário que sejam os atos cometidos como “parte de um amplo ou sistemático ataque”. Em segundo lugar exige-se ainda que a conduta seja praticada na modalidade “ataque contra população civil” envolvendo o múltiplo cometimento de atos contra qualquer população civil, por questões políticas de um Estado ou de uma organização, visando sempre interesse político. Ressalta que os atores não-governamentais estão expostos a responsabilidade individual sempre que os atos tenham relação com política estatal ou organizacional. Em terceiro lugar, tem-se a exigência do “conhecimento do ataque” ⁸² compreendido como íntimo envolvimento do ofensor com o planejamento ou execução de um ataque. ⁸³

Há de se verificar que, no tocante aos crimes contra humanidade, estes são os que mais conotam relação direta com os Direitos Humanos. Diferem-se do genocídio que exige do autor elemento objetivo específico, ou seja, a intenção de destruir membros de um determinado grupo ou etnia. Também independe que exista conflito de guerra ou que ocorra em tempo de paz.

Os ilícitos descritos como crimes contra humanidade encontram estreita ligação com os Direitos Humanos, além de possuírem características comuns que justificam as figuras delitivas escolhidas para compor o Estatuto de Roma, quais sejam: a) o sentimento de repugnância a essas ofensas por constituírem um sério ataque à dignidade humana; b) o aspecto proibitivo do comportamento, independente de ter sido perpetrado em tempo de paz ou guerra; c) a exigência do envolvimento em uma política governamental ou em uma prática freqüente, sistemática ou generalizada de atrocidades toleradas ou anunciadas por um governo ou autoridade de fato. [...] ⁸⁴

⁸¹ SUNGA, S. Lyal. A competência *ratione materiae* da Corte Internacional Criminal: arts. 5 a 10 do Estatuto de Roma. In: CHOUKR, Fauzi Hassan e AMBOS, Kai. Tribunal penal internacional. 2000, p.202.

⁸² No tocante a esse “conhecimento do ataque” surgem dúvidas acerca de qual seria o nível do conhecimento. Mas entende-se que pode-se carear como prova documentos, planos, mapas, ordem de batalha, apoio logístico, detalhes de munição etc. Tudo isso pode ser utilizado como prova de que quem atacou tinha plena ciência do que fora praticado.

⁸³ SUNGA, S. Lyal. A competência *ratione materiae* da Corte Internacional Criminal: arts. 5 a 10 do Estatuto de Roma. In: CHOUKR, Fauzi Hassan e AMBOS, Kai. Tribunal penal internacional. 2000, p.204.

⁸⁴ LIMA, Renata. *op cit.*, p.114.

O crime contra a humanidade apresenta-se como bem mais amplo que o crime de genocídio, apesar de estarem próximas essas duas espécies. O genocídio é uma categoria particular de crime contra a humanidade com um elemento intencional muito específico. Se o genocídio é um crime contra a humanidade, nem todos os crimes contra humanidade são genocídio.⁸⁵ Foram estabelecidas distinções em face de características próprias de cada conduta e em que contexto elas são praticadas. A seguir, algumas considerações acerca dos crimes de guerra assim considerados como de competência do TPI.

No elenco de crimes descritos no Estatuto do TPI encontramos ainda os **Crimes de Guerra**.⁸⁶ Estes foram contemplados pelo Estatuto em seu art. 8º. Conforme o §1º desse artigo, compete ao TPI julgar os crimes de guerra quando esses são cometidos por parte integrante de um plano ou de uma política ou como parte de uma prática em larga escala desses tipos de crime. No § 2º verifica-se ampla exposição de atos considerados crime dessa natureza que violam as Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, sejam praticados contra pessoas ou bens protegido nos termos da Convenção de Genebra que for pertinente.⁸⁷

Durante o processo de elaboração do Estatuto, os crimes de guerra formaram a categoria mais controversa dentre as escolhidas para integrar a competência material do TPI. As dificuldades surgidas tiveram suas raízes em razões formais e materiais e os foram gerados no sentido de uma adequação da terminologia e a determinação de quais violações de Direito Internacional Humanitário seriam suficientemente graves para justificar as inclusões no artigo.⁸⁸

⁸⁵ BAZELAIRE, *op cit.*, p.77.

⁸⁶ O artigo 8º do Estatuto de Roma descreve todas as situações consideradas crime de guerra. Serão tratados apenas alguns exemplos no ponto ora trabalhado. O artigo completo pode ser visto no Estatuto de Roma que se encontra na sua integralidade na parte final desse trabalho.

⁸⁷ A Convenção de Genebra de 12 de agosto de 1949 visou estabelecimento de políticas internacionais voltadas a proteção das vítimas de guerra. Existem quatro Convenções e dois protocolos adicionais. A primeira é a convenção para melhoria do destino dos feridos e dos doentes das Forças Armadas no campo. A segunda é para melhoria da sorte dos feridos, doentes e náufragos das forças Armadas no Mar. A terceira é relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra. A quarta é relativa a proteção dos civis em tempos de guerra. Os protocolos referem-se, o primeiro a proteção das vítimas dos conflitos armados internacionais e o segundo ao não-internacionais. Estes foram adotados em 8 de junho de 1977. Entraram em vigor em 7.12.1978 <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Sist_glob_trat/texto/guerra/genebra.htm>

⁸⁸ LIMA, Renata. *op cit.*, p.115.

Naquele momento buscava-se uma terminologia adequada que resultasse compreensiva para todas as infrações desta natureza que estivessem incluídas dentro da competência da Corte.⁸⁹

Definida a terminologia *crimes de guerra*, como se verifica no Estatuto, fico entendido que tais crimes, sob o aspecto do bem jurídico afetado, atentam a bens jurídicos fundamentais das pessoas, ou seja, bens jurídicos individuais como a vida, a integridade física, a liberdade sexual, etc. cuja titularidade corresponde a pessoas individuais que passam a figurar a condição de sujeitos passivos.⁹⁰ Passa-se agora a uma perspectiva acerca do Crime de Agressão.

Dentre os crimes objeto de estudo e que estão dispostos no art. 5º do Estatuto de Roma, temos o **Crime de Agressão**. O fato é que não se definiu no Estatuto, como se fez com os demais crimes, em que consiste agressão na perspectiva de ilícito penal preciso. Fica evidente a existência de uma lacuna, exigindo-se a estipulação de um conceito. Devem ser observados os preceitos dos artigos 121 e 123 no tocante a inclusão de definição da conduta descrita no art. 5º como crime.

Nas negociações para adoção do TPI, o desejo em assegurar a punição do crime de agressão era evidente para alguns Estados, porém, não se chegou a um acordo no sentido de definir a agressão cometida por indivíduos, nem tão pouco sobre seus elementos constitutivos ou sob quais condições seria exercida a jurisdição com relação a este. Por fim, os Estados decidiram incluir, formalmente, a infração no rol fixado pelo art. 5º (1). Todavia, a lacuna é clara, pois o mesmo artigo, em seu §2º, determina que o exercício de competência do Tribunal relativamente ao crime somente se dará com a estipulação de um conceito, bem como das condições de incidência da jurisdição pelo Tribunal. Feito isso, os preceitos contidos nos art. 121 e 123 do Estatuto de Roma que cuidam, respectivamente, das alterações e da revisão do Estatuto deverão ser observados para proceder a correta inclusão do crime. Verifica-se, portanto, uma grave falha no que concerne à agressão, não como crime internacional cometido nas relações entre os Estados, o que já é conhecido, mas como norma passível de responsabilização individual.[...] ⁹¹

⁸⁹ DELGADO, *op cit.* p.126.

⁹⁰ CUSSAC, José Luiz Gonzáles; ROYO, Elena Górriz. *Ne bis in idem y determinación de la pena em el Estatuto de la Corte Penal Internacional*. In: COLOMER, Juan Luis. CUSSAC, José Luis e outro. *La Corte Penal Internacional: Um estudo interdisciplinar*. Valência, Espanha. 2003, p.262.

⁹¹ LIMA, Renata. *op cit.*, p. 123 e 124.

Os Estados possuem jurisdição interna e ordenamento jurídico para cumprir com o dever de concretização de justiça em nível doméstico. A atuação do TPI sob o aspecto da complementaridade vai incidir quando o Estado não atua de forma eficaz em casos de ocorrência de crimes previstos no Estatuto de Roma. Esta ineficiência pode ser percebida pela incapacidade ou não desejo de processar e julgar; quando o caso for de tamanha gravidade que justifica o exercício da jurisdição do Tribunal. O princípio da complementaridade indica que o Tribunal não substitui os tribunais nacionais, pelo contrário, só atuará subsidiariamente às cortes nacionais, uma vez que essas possuem prioridade no exercício da jurisdição, e ainda, torna-se mais acessível a investigação pelo próprio Estado no qual o crime ocorreu.⁹²

Cabe ao Estado exercer sua jurisdição interna, utilizar os instrumentos normativos penais e processuais existentes, de modo a não permitir impunidade. O TPI tem competência para julgar os crimes acima descritos, mas só atua de forma complementar quando o Estado não atua, é omissivo ou incapaz.⁹³ O objetivo do TPI diante de tal contexto é exatamente o fim da impunidade.

Assegurar o fim da impunidade para os mais graves crimes internacionais, considerando que, por vezes, na ocorrência de tais crimes, as instituições nacionais mostram-se falhas ou omissas na realização da justiça. Afirma-se, deste modo, a responsabilidade primária do Estado com relação ao julgamento de violações de direitos humanos, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária. [...] ⁹⁴

O Estatuto de Roma traz em seu conteúdo crimes definidos como os mais violentos que podem ser praticados contra seres humanos. Conhecer esses dispositivos e ter a ciência que uma norma penal incriminadora visa prevenir ocorrências e punir responsáveis interessa a toda comunidade internacional. Devem os Estados exercer a atividade jurisdicional de forma plena, eficaz, fazendo funcionar o sistema de proteção a direitos humanos já instituído e em evolução no âmbito da comunidade internacional.

⁹² *Idem.* p. 91.

⁹³ GUERRA, Bernardo pereira de Lucena Rodrigues. *Direito internacional dos direitos humanos*. Curitiba, 2006. pp. 218 e 219.

⁹⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2002. p.214.

2.3 A relativização da Soberania

A teoria constitucional e o próprio Direito Internacional sempre defenderam que uma das componentes essenciais da soberania dos Estados é a jurisdição penal, ou seja, a capacidade de julgar os crimes ocorridos em seu território, segundo a regra tradicional da territorialidade. Sem função jurisdicional não existe Estado soberano.⁹⁵ Soberania em sentido estritamente jurídico significa o não conhecimento de nenhuma outra força igual dentro do âmbito de validade do ordenamento jurídico e, em relação a outras ordens, o não conhecimento de nenhuma que lhe seja superior. No conhecimento comum, significa que o país seja governado com independência de qualquer outro.⁹⁶ É o Estado um pacificador, segundo Hobbes, um “artefato” fabricado pelos homens e construído sobre a idéia de realidade da soberania. O poder soberano é aquele que tem a capacidade de impor a paz mediante a imposição do direito.⁹⁷ Mas poderia ser a soberania pensada no sentido de validade relativa ?

O caráter soberano de um Estado é inerente a sua condição interna de estabelecer suas normas, não admitindo imposição exterior. Nem a sociedade internacional, nem outros Estados podem prevalecer sobre um Estado soberano. A primazia do poder do Estado na ordem internacional se reduz então no direito de determinação de seu comportamento com base no Direito, mas esse poder pode existir justaposto a outros Estados com a mesma pretensão.⁹⁸ Nesse sentido, a soberania de um Estado em face da adesão ao TPI não mais se apresenta de forma absoluta. Não se conclui, contudo, que os Estados-Partes do ER / 1998 reconhecendo a jurisdição do TPI e que passam a conviver com a jurisdição desse Tribunal percam sua independência. Observa-se uma conseqüentemente relativização da soberania jurisdicional do Estado, de forma consciente e como reflexo de uma nova mentalidade internacional voltada a proteção de direitos humanos.

⁹⁵ MOREIRA, Vital., ASSUNÇÃO, Leonor e outros. *O Tribunal Penal Internacional e a ordem jurídica portuguesa*. Portugal, 2004. p. 20.

⁹⁶ BAPTISTA, Luiz Olavo e FONSECA, José Roberto Franco da Fonseca. *O Direito Internacional no terceiro milênio. Estudos em homenagem ao Professor Vicente Mrotta Rangel*. São Paulo: LTr, 1998. p.233.

⁹⁷ HABERMAS, Jürgen. *Mas allá del Estado nacional*. Mexico: Fundo de cultura econômica, 1999. p.25.

⁹⁸ DUPUY, René-Jean. *Le droit international*. 12ª ed. Paris, 2004. pp.37-40.

A soberania é uma noção política e se confunde com independência, podendo ser considerada como discricionária nas mais diversas matérias e essa liberdade permite que o Estado vá além de seu território, seja em relação a regras de sua nacionalidade como a orientação de políticas externas. Essa soberania baseia-se na primazia do Direito Internacional, sendo o único coerente, pois estabelece a competência dos Estados.⁹⁹ Esse direito internacional voltado para uma ordem jurisdicional internacional penal – visando efetivo processo e julgamento de criminosos por prática das condutas mais violentas contra o ser humano – firma uma nova mentalidade no que concerne à soberania jurisdicional dos Estados. A soberania mudou na medida em que se modificaram os elementos prioritários nas relações entre os Estados, tendo o conceito evoluído, perdeu os contornos rígidos, flexibilizou-se com novas premissas de atuação. Não há como se falar mais em modelo de soberania indivisível e inalienável com valorização da forma em detrimento dos fins.¹⁰⁰ Relativiza-se a soberania, no entanto não se tira a autonomia dos Estados. Ressalte-se que na concepção de Kelsen seria essa relativização sem perspectiva de criar qualquer teoria, pois a soberania relativizada perde seu caráter formal.¹⁰¹

Nesse contexto e em se tratando de aspectos penais, os Estados ao se preocuparem sobre a aproximação de políticas criminais buscando primeiramente resolver eventuais conflitos de soberania pela definição de regras que especificam a competência das jurisdições e das leis nacionais, e em seguida, reforçar a efetividade do direito penal nacional. Mas o direito internacional também busca a extensão do campo de atuação penal, ou seja, trabalha aspectos da criminalização internacional à medida que se vê surgir um direito internacional penal, caracterizado pela internacionalização da incriminação e julgamento desta.¹⁰² Neste sentido cabe ao TPI como órgão permanente, quando de sua atuação, exercer a jurisdição internacional, não indo de encontro ao poder soberano de um Estado, mas sim agindo subsidiariamente. Não há quebra de soberania.

⁹⁹ Idem. pp.40.

¹⁰⁰ RODRIGUES, Mauricio Andreiuolo. *Poder constituinte supranacional*. Esse novo personagem. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p.113.

¹⁰¹ SOLON, Ari Marcelo. *Teoria da Soberania como problema da norma jurídica e da decisão*. Porto Alegre: Antonio Fabris Editor, 1997. p.67.

¹⁰² DELMAS-Marty, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. São Paulo: Manole, 2004. pp.515 e 516.

A consideração de que no mundo globalizado de hoje o Estados aderem a tratados ou quaisquer normas não quer dizer que haja uma quebra da soberania. O fato é que nenhum Estado vive no isolamento. No conglomerado das nações é fundamental que os Estados interajam, que troquem conhecimentos, mercadorias, informações, valores, etc. O interagir compõe a dimensão dos países no mundo de hoje.¹⁰³

Ao se perceber um novo tempo em relação ao tratamento de crimes contra a humanidade, exige-se um novo olhar para o conceito de soberania. Esta se acha indissolúvelmente ligada ao Estado lhe garantindo no plano internacional igualdade dentro de um conceito mundial. Apesar dessa proteção, a soberania não tem a vocação de legitimar o Estado em si e por si mesmo. Por trás das garantias que ela assegura para essa construção jurídica que é o Estado, se encontram populações, seres humanos. A soberania visa proteção e respeito a direitos fundamentais não admitindo que os dirigentes de um Estado se abriguem atrás da soberania para se eximir de violações ou massacres sistemáticos. Assim, ao ratificar o Estatuto de Roma, os Estados não abandonam nem limitam sua soberania. O Estatuto se apóia sobre o princípio da complementariedade, deixando a prioridade de ação às jurisdições nacionais e apenas surge a interferência do TPI em caso de não desejo ou incapacidade do Estado em julgar.¹⁰⁴

Na análise dessa afetação à jurisdição interna ou nacional constata-se que existe a possibilidade de o Procurador do TPI poder realizar por si mesmo diligências de investigação no território nacional, nos termos do art. 54º do Estatuto do TPI, reunindo e examinando provas, convocando e interrogando pessoas, etc. No entanto, essa atuação não consiste em expropriação da jurisdição dos tribunais nacionais, pois continuam inteiramente competentes para julgar todos os crimes, inclusive os que pertencem à jurisdição do TPI, conforme entendimento do caráter complementar.¹⁰⁵ E ainda, não há de se falar em violação de soberania quando, por exemplo, alguém em um Estado se apega a alegação do poder soberano desta para livrar-se da persecução

¹⁰³ BAPTISTA, Luiz Olavo e FONSECA, José Roberto Franco da Fonseca. O Direito Internacional no terceiro milênio. Estudos em homenagem ao Professor Vicente Mrotta Rangel. São Paulo: LTr, 1998. p.233.

¹⁰⁴ BADINTER, Robert. *De Nuremberg à la Cour Pénal Internationale*. In : LBERTINI, Pierre. *Pouvoirs. La Responsabilité des Gouvernants*. France: Seuil, 2000. pp.163

¹⁰⁵ MOREIRA, Vital., ASSUNÇÃO, Leonor e outros. *O Tribunal Penal Internacional e a ordem jurídica portuguesa*. Portugal: Coimbra Editora, 2004. p. 21.

criminal. É fato que um chefe de Estado ou de governo não tem por missão constitucional violar direitos fundamentais do indivíduo. É inadmissível a utilização do argumento poder soberano de um Estado para que alguém escape do castigo, seria se entrincheirar detrás da soberania estatal para fugir da responsabilidade.¹⁰⁶

¹⁰⁶ BADINTER, Robert. *De Nuremberg à la Cour Pénal Internationale*. In : LBERTINI, Pierre. *Pouvoirs. La Responsabilité des Gouvernants*. France: Seuil, 2000. pp.164.

3. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A COMPLEMENTARIEDADE DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS

No contexto da efetivação de um Estatuto internacional que estabeleceu a formação de uma jurisdição internacional penal, para julgamento de crimes internacionais, apresenta-se o Estado brasileiro como participe efetivo, como visto no capítulo anterior. No que tange ao capítulo aqui em estudo, algumas considerações devem ser promovidas no tocante a Jurisdição Constitucional no âmbito da possibilidade de utilização da força complementar dos tratados, entendidos como instrumentos internacionais de Direitos Humanos, para concretização desses direitos fundamentais em âmbito interno.

A concretização de direitos humanos entendidos como direitos fundamentais presume a existência de garantia constitucional. No exercício das funções estatais para tal fim podem ser encontrados atos inconstitucionais, daí a necessidade de anulação que é o princípio mais eficaz de garantia da Constituição. Essa competência da jurisdição constitucional não se deve limitar ao controle de constitucionalidade das leis, mas ir além, estendendo-se primeiramente aos decretos com força de lei, atos imediatamente subordinados à Constituição, cuja regularidade consiste exclusivamente em sua constitucionalidade.¹⁰⁷

Em se tratando da adequação no tocante a cooperação do Brasil para com o TPI, importa destacar que o Brasil reconhece efetivamente a jurisdição penal desse órgão e a ela se submete.¹⁰⁸ Esse reconhecimento foi derivado da ratificação do o ER/ 1998, o qual possibilitou a criação do TPI. Ainda não se promoveu à implementação desse Estatuto à legislação brasileira, não existindo lei específica nesse sentido, havendo apenas um projeto a ser enviado ao Congresso Nacional. Vislumbra-se aí a importância da análise da Jurisdição Constitucional em relação à constitucionalidade dessas normas, não apenas no tocante ao ER/1998, sob o enfoque do caráter complementar do TPI, mas sobretudo aos outros tratados internacionais de proteção de direitos humanos que representam um conjunto de instrumentos internacionais

¹⁰⁷ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. pp.148 e156.

¹⁰⁸ Art. 5º, §4º da Constituição da República Federativa do Brasil.

auxiliares do direito interno e que dão ao Estado brasileiro a possibilidade de se posicionar eficazmente para proteção de direitos humanos.¹⁰⁹

Nesse sentido de elaboração de lei e tomada de decisões há de se considerar que, para todo ato, sua conformidade às normas do grau superior deve ser verificada. É possível assim que um ato cuja regularidade é submetida a controle esteja em contradição, não apenas com uma lei ou com a Constituição, mas com um tratado de direito internacional ou com uma regra do direito internacional geral.

Uma lei ordinária que contradiga um tratado internacional anterior também é irregular em relação à Constituição, porque, autorizando certos órgãos a firmar tratados internacionais, esta faz deles um modo de formação da vontade estatal; ele exclui portanto, em conformidade com a noção de tratado que adotou, sua ab-rogação ou modificação por lei ordinária. Uma lei contrária a um tratado é, por conseguinte, pelo menos indiretamente – inconstitucional. [...] ¹¹⁰

Assim, cabe ao Estado exercer sua atividade jurisdicional a partir do ordenamento normativo interno, bem como se valer dos tratados internacionais incorporados ao direito pátrio e que o complementam. Nesse sentido é de bom alvitre fazer uma reflexão no sentido de que o Estado brasileiro possui conteúdo normativo e estrutura que lhe propicia eficácia para julgar possível ocorrência de crimes internacionais, fazer justiça.

Numa primeira análise, em que consistiria uma justiça eficaz, seja para um Estado qualquer, seja, para o Brasil em nível de capacidade para o exercício da jurisdição, ou mais ainda, em que consistiria um mínimo de justiça ? Pode-se nesse instante buscar as palavras de Kelsen que de sobremaneira externa seu posicionamento acerca da Justiça. Afirma ele não saber o que seja ela, mas responde que se satisfaz com uma justiça relativa.

¹⁰⁹ Anteprojeto de lei para implementação do Estatuto de Roma no Brasil foi elaborado pelo *Grupo de Trabalho*, coordenado pelo Prof. Tarciso Dal Maso Jardim (Prof. De Direito Internacional do UniCEUB e Membro do Comitê Internacional da Cruz Vermelha), instalado pela Portaria nº 1.036, de 13 de novembro de 2001 do Ministério da Justiça, devendo ainda ser enviado ao Congresso Nacional para fins de sua transformação em lei. O Anteprojeto trata da definição do crime de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, dispõe sobre a cooperação judiciária com o Tribunal Penal Internacional e dá outras providências. AZZUOLLI, Valério de Oliveira. *Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Premier Maxima, 2005. p.89 a 116.

¹¹⁰ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 164.

De fato, não sei e não posso dizer o que seja justiça, a justiça absoluta, esse belo sonho da humanidade. Devo satisfazer-me com uma justiça relativa, e só posso declarar o que significa justiça para mim: uma vez que a ciência é minha profissão e, portanto, a coisa mais importante em minha vida, trata-se daquela justiça sob cuja proteção à ciência pode prosperar e, ao lado dela, a verdade e a sinceridade. É a justiça da liberdade, da paz, da democracia, da tolerância.[...] ¹¹¹

Tratando do Estado brasileiro, a Constituição da República Federativa do Brasil traz como bandeira o princípio do Estado Democrático de Direito. Inúmeros artigos dispostos na referida carta constitucional representam a vontade de um poder estabelecido originalmente, qual seja o Constituinte. Direitos e Garantias fundamentais são elencados em dispositivos que se harmonizam formando uma estrutura. Os direitos humanos se acham reconhecidos nessa Carta Magna e a ordem normativa nesse campo vai além do nível interno, abarcando assim tratados internacionais de direitos humanos. Acredita-se assim ser possível o estabelecimento de uma justiça penal baseada na verdade, podendo ser prestada internamente em se considerando inclusive a jurisdição constitucional, assim como em nível internacional, no âmbito da complementariedade do TPI.

O TPI que consagra do princípio da complementariedade, segundo o qual sua jurisdição é subsidiária às jurisdições nacionais (salvo no caso de os Estados se mostrarem incapazes ou sem disposição em processar e julgar os responsáveis pelos crimes cometidos), contribui sobremaneira para fomentar os sistemas jurídicos nacionais a desenvolver mecanismos processuais capazes de efetivamente aplicar a justiça em relação aos crimes tipificados no Estatuto de Roma, que passam também a ser crimes integrantes dos Estados-Partes que o ratificaram. ¹¹² Essa aplicação da justiça, a prestação jurisdicional, possibilidade de acesso, toda a estrutura devidamente elaborada concretiza preceitos de direitos fundamentais. O desenvolvimento desses mecanismos e sua aplicação passa pela obediência ao texto constitucional.

A Jurisdição Constitucional figura como imprescindível no Estado Democrático de Direito, cabendo a ela a guarda do texto constitucional no tocante a suas regras, princípios

¹¹¹ Kelsen, Hans. *O que é Justiça ? A Justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência*. 2001, p.25.

¹¹² MAZZUOLLI, *op cit.*, p.86.

materiais, bem como a concretização de direitos fundamentais¹¹³. Nesse sentido, entende-se indispensável à Jurisdição Constitucional aplicada a questões de direitos humanos. Esse termo *Jurisdição* consiste na prerrogativa de dizer o direito, decidir, aplicar a lei mediante a tutela jurisdicional.¹¹⁴ Cabe ao Estado decidir mediante normas de conduta ou organização. Decide e pauta decisões com base em referências de posicionamentos antes aplicados; decide para os outros, determinando em que situação ao final ficarão os destinatários. Tão importante é a *capacidade de decisão* na do Estado, que a ela tem sido assimilado, com extrema frequência entre os cientistas da política, o próprio conceito de poder.¹¹⁵ É possível ocorrência de Estados que apesar de possuírem ordenamentos jurídicos penais, deixam a desejar no sentido de dizer o direito, ou seja, a efetivação do exercício do poder jurisdicional em face da ocorrência de conflito de norma, alegações de inconstitucionalidade.

Os dispositivos do art. 17 do ER/1998 apresentam questões relativas a admissibilidade de casos perante o TPI. Deixa clara a condição de que caso um Estado não tenha vontade de levar a cabo o inquérito ou o procedimento, ou não capacidade de fazê-lo é o TPI quem decidirá. A determinação do fato de haver ou não vontade de agir num determinado caso leva em considerações as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, daí a necessidade de verificação de circunstâncias. Essas perpassam pela análise da possível ocorrência do propósito de subtrair a pessoa em causa à sua responsabilidade criminal por crimes de competência do TPI, bem como pelo fato do processo não estar sendo conduzido de maneira independente ou imparcial, de modo que demonstra desinteresse de levar a pessoa em causa a justiça. Dispõe por fim o mencionado artigo que a determinação da incapacidade de agir diante de um caso será verificada pela Corte quando há um colapso total ou substancial na administração da justiça de um Estado, ou seja, falta a justiça condições de fazer comparecer o acusado, de reunir meios de provas e depoimentos necessários, assim como conclusão do processo.

¹¹³ Serão utilizados aqui os termos Direitos Fundamentais e Direitos Humanos indistintivamente. No decorrer do texto se buscará esclarecer essa questão terminológica.

¹¹⁴ ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. Dicionário Jurídico brasileiro Acquaviva. 2004, p.806.

¹¹⁵ DINAMARCO, Candido Rangel. A instrumentalidade do processo. 2005, p.106.

Incorporar os dispositivos do ER/1998 ao direito interno é primordial e se acha indicado no próprio texto do estatuto. O equilíbrio desse ordenamento com a ordem jurídica interna fortalece o mecanismo de proteção de direitos e prevenção de crimes internacionais conforme se acham ali dispostos. Esse equilíbrio exige compatibilidade com a Constituição, considerando assim que esse equilíbrio fortalece a estrutura jurisdicional e seus reflexos para com toda a comunidade internacional em se tratando de crimes mais graves contra a humanidade. Dai a importância da funcionalidade dessas normas. A seguir algumas considerações sobre o TPI permanente, a Constituição brasileira e o trato para com as questões de direitos humanos, bem como a importância da jurisdição constitucional.

O TPI permante representa uma evolução do Direito Internacional Penal. No preâmbulo do Estatuto de Roma, o qual criou o TPI, se acham os motivos pelos quais se justifica a criação de tal tribunal, fazendo referência ao fato de milhões de crianças, mulheres e homens terem sido vítimas de “ atrocidades que desafiam a imaginação e chocam profundamente a consciência da humanidade”.¹¹⁶ Nesse sentido, não se pode imaginar haver impunidade nos crimes mais perversos que atemorizam toda a humanidade. Exige-se assim adequação dos Estados a essa nova realidade e equilíbrio em suas leis, harmonia entre os instrumentos legais. Deve-se primar pela eficácia nos processos e julgamentos, na prestação jurisdicional por parte do Estado.

Um tribunal em determinado Estado julga a partir de um júízo constituído, baseando-se em preceitos normativos, procedimentos, etc., considerados em nível interno. A partir do momento em que por fatores diversos esse Estado não detém a capacidade de julgar determinados casos ou o faz de forma insatisfatória, a jurisdição interna se vê ineficaz. O caráter complementar da jurisdição penal internacional do TPI, em relação às jurisdições criminais nacionais, é enfatizada quando ausente a aplicação ou ineficácia da jurisdição interna o que provoca um choque para toda humanidade em face da dimensão dos crimes. Nesse caso, não se disse o direito, não se decidiu um caso concreto de modo efetivo, ou se houve decisão, esta não foi a vislumbrada por aqueles que esperaram do Estado o exercício do poder jurisdicional.

¹¹⁶ Preâmbulo do Estatuto do TPI. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/about.html>>.

A importância de um TPI tem como referência o sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Os alicerces do sistema internacional sobre direitos humanos estão principalmente no art. I, parágrafo 3 da Carta da ONU e nos artigos 55 e 56, sendo que a leitura conjugada desses dispositivos permite identificar o caráter articulado e independente dos objetivos essenciais da ONU.¹¹⁷ Importa ainda destacar que a origem do genocídio como crime internacional implica a necessária remissão histórica ao Tribunal de Nuremberg, embora quando, da sua criação, ainda não estivesse em uso o termo “genocídio”.¹¹⁸

A Constituição de 1988 foi o marco fundamental para o processo de institucionalização dos direitos humanos no Brasil. Erigindo a dignidade da pessoa humana a princípio fundamental, pelo qual a República Federativa do Brasil deve se reger no cenário internacional, instituiu a Carta de 1988 um novo valor que confere suporte axiológico a todo sistema jurídico brasileiro e que deve ser sempre levado em conta quando se trata de interpretar qualquer das normas constantes do ordenamento jurídico pátrio.¹¹⁹ O controle das normas quanto à constitucionalidade visa manutenção desse marco fundamental para primar pelo ser humano.

Na doutrina e no direito positivo (interno e internacional) há ampla utilização de diversos termos e expressões para traduzir o conceito de “direitos humanos”, tais como, para citar as mais utilizadas, “direitos fundamentais”, liberdades públicas”, “direitos da pessoa humana”, “direitos do homem”, “direitos da pessoa”, “direitos individuais”, “direitos fundamentais da pessoa humana”, “direitos públicos subjetivos” e por fim, a expressão já mencionada “direitos humanos”.¹²⁰

A nossa Constituição descreve claramente esses termos e expressões pertinentes a direitos humanos¹²¹, assim como o Direito Internacional em diversos instrumentos, valendo ressaltar que existem discussões acerca de uma precisão conceitual.¹²²

¹¹⁷ SCHAFRANSKI, Silvia Maria Derbli. *Direitos humanos & seu processo de universalização*. 2003, p.45.

¹¹⁸ *Idem.*, p. 48.

¹¹⁹ MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do Tratado na Ordem Jurídica Brasileira*. 2002, p.233.

¹²⁰ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.21.

¹²¹ Art. 4º, Inciso II, faz referência a “direitos humanos”. Por outro lado, o título II intitula-se “direitos e garantias fundamentais”. Já o art. 5º, inciso XLI, menciona os “direitos e liberdades fundamentais” e o seu inciso LXXI adota o termo “direitos e liberdades constitucionais”. O art. 17 adota a expressão “direitos fundamentais da pessoa

O ordenamento jurídico constitucional deve ser reconhecido como supremo, como Lei Fundamental. Ao refletirmos sobre direitos e garantias expressos na Carta, destacamos os direitos fundamentais largamente inseridos. Casos concretos que versem sobre direitos humanos não podem ser compreendidos como possíveis de implementação apenas a partir de conveniência e oportunidade por parte do Poder Executivo. Nesse sentido é que devemos compreender a necessidade do reconhecimento da Jurisdição Constitucional.

A aplicação desta jurisdição no que toca aos direitos humanos, estes entendidos como direitos fundamentais, pode ser trabalhada a partir de uma compreensão mais aberta, buscando-se efetivar tais direitos com base nos dispositivos encontrados na Constituição e nos Tratados de Direitos Humanos largamente reconhecidos pelo Brasil.

Dar uma máxima efetividade às normas constitucionais é possível a partir do raciocínio da interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face dos valores da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais. Justifica-se estender aos direitos enunciados em tratados o regime constitucional conferido a demais direitos e garantias fundamentais.¹²³

Em uma compreensão de que a Constituição regula processos que visam garantir o exercício da autonomia, de uma perspectiva que supera tanto o paradigma liberal, quanto o paradigma de bem-estar social, de Constituição, percebe-se a possibilidade de reconstruir a tarefa da Jurisdição Constitucional no exercício do controle de constitucionalidade como primordialmente referida ao exame e à garantia de realização das condições procedimentais da gênese democrática do Direito¹²⁴.

humana”. O art. 34, VII, b, ao disciplinar a intervenção federa, faz referência aos “direitos da pessoa humana”. Quando trata de Clausulas pétreas, a Constituição ainda faz menção a expressão “direitos e garantias individuais”(artigo 60, parágrafo quarto). No art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais transitórias, há o uso, novamente, do termo “direitos humanos”. *Idem.*, p.21.

¹²² A declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948 utiliza, já no preâmbulo, os termos “direitos do homem” e “direitos essenciais do homem”. A Declaração Universal de Direitos Humanos estabelece em seu preâmbulo a necessidade de respeito aos “direitos do homem” e ainda o respeito “aos direitos e liberdades fundamentais do homem”. A Carta da ONU emprega a expressão “direitos humanos” (preâmbulo e artigo 56), bem como “liberdades fundamentais” (artigo 56, alínea “c”). *Idem.*, p. 22.

¹²³ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo, 2003, pp.45 e 46.

¹²⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro, 1997. p.330.

Importa destacar que a referência às condições procedimentais do processo legislativo democrático não faz da Jurisdição Constitucional um poder legislativo, ainda que negativo, porque sua perspectiva lógico-argumentativa não deve ser a perspectiva do Legislativo, que deve visar o estabelecimento de programas e políticas para a realização dos direitos constitucionais, mas a da aplicação reconstrutiva do Direito Constitucional.¹²⁵

A exemplo da abrangência do tema do presente trabalho, em havendo conflito relativo a preceitos de normas internas e os tratados internacionais de direitos humanos, deve-se ressaltar a complementariedade de instrumentos internacionais.¹²⁶ No plano do Direito Internacional e o Direito Interno movidos pelas mesmas necessidades de proteção, devem prevalecer normas que melhor protejam o ser humano, tendo em vista que a primazia é da pessoa humana.¹²⁷ A partir do exercício da Jurisdição Constitucional será levado em conta o corpo normativo existente em âmbito interno e os tratados internacionais.

Cabe a Jurisdição Constitucional, como função precípua, estabilizar as relações sociais, consoante o conteúdo normativo estabelecido na Carta Magna, sem ignorar a complexidade do Estado, a fim de que as estruturas normativas abstratas possam regulamentar a realidade fática da sociedade.¹²⁸ Adotando-se uma definição concisa para o entendimento do que seja direitos humanos entende-se este como sendo um conjunto mínimo de direitos necessário para assegurar uma vida do ser humano baseada na liberdade, igualdade e na dignidade, ou seja, condições adequadas de existência e participação ativa da vida de sua comunidade.¹²⁹ A Jurisdição Constitucional detém importância impar nesse processo de efetivação de direitos humanos. Constata-se pelo que apresenta a realidade brasileira, apesar de sensível desenvolvimento em algumas áreas, carências enormes no campo dos direitos humanos, sendo possível, como já dito

¹²⁵ *Idem.*, pp.322, 327-328.

¹²⁶ O caráter complementar do TPI – objeto de estudo nesse trabalho - será melhor desenvolvido no Cap. 5.

¹²⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 2000, p. 122.

¹²⁸ AGRA, Walber de Moura. *A reconstrução da Legitimidade do Supremo Tribunal Federal: Densificação da Jurisdição Constitucional Brasileira*. 2005, p. 19.

¹²⁹ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro, 2005. p.19 e 20.

anteriormente, ir além do agir dogmático-formal, visando-se assim oferecer melhores condições de existência baseada na dignidade da pessoa humana.

3.1 O caráter especial dos direitos nos tratados internacionais de direitos humanos

Ao se destacar a posição da jurisdição constitucional se verifica existência de uma diferença qualitativa e não meramente quantitativa: enquanto os discursos legislativos de justificação normativa se referem à validade das normas, nos termos das condições institucionais exigidas pelo princípio democrático, os discursos jurisdicionais de aplicação normativa se referem à adequabilidade de normas válidas a um caso concreto, à luz de visões paradigmático-jurídicas que cobram reflexividade¹³⁰.

Dentro de uma concepção de análise e aplicação de uma norma em face de um caso concreto versando sobre direitos humanos, a jurisdição constitucional se posicionará no sentido de adequação da norma válida, seja ela de ordem interna ou internacional. Devem prevalecer as normas e decisões que melhor protejam o ser humano, tendo em vista que a primazia é da pessoa humana.¹³¹ O Estatuto do TPI implementado ao Estado brasileiro, sugere sua aplicabilidade como indicativo normativo penal voltado tanto para processar e julgar crimes internacionais nele dispostos – como para estabelecimento de prevenção de ocorrência de novos crimes – visando sempre a proteção da pessoa humana.

A constituição Federal reconhece que direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais que a República Federativa do Brasil seja parte. A concretização de direitos humanos no âmbito dos tratados internacionais é indiscutivelmente reconhecida pelo Brasil. Havendo ocorrência de litígios em face de dispositivos legais que versem sobre direitos humanos, seja com base em norma interna ou internacional, exige-se pacificação em nível de aplicabilidade da jurisdição.

¹³⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro, 1997. p.269.

¹³¹ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo, 2003. p.53.

No instante em que se dirime litígios de acordo com os paradigmas legais preestabelecidos, há a reafirmação da coercitividade do ordenamento jurídico, a jurisdição exerce a atividade de pacificar as relações sociais, fornecendo as condições imprescindíveis para o desenvolvimento social.¹³²

A base da Jurisdição Constitucional é a legitimidade das normas constitucionais emanadas do Poder Constituinte Originário. A Constituição é a norma que apresenta maior grau de participação popular, eis que se origina de complexas conjecturas de cunho social, político e econômico, razão pela qual não seria crível a existência de norma constitucional ineficaz, muito menos óbices legais à eficácia de seu conteúdo, mormente dos direitos fundamentais, sob pena de se configurar a ruína da ordem constitucional e do Estado Democrático de Direito. Tal jurisdição, apesar das especificidades de cada ordenamento jurídico, significa o exercício do poder jurisdicional em matéria constitucional, ou seja, a apreciação, em sede difusa ou concentrada, de alegações que explicitamente se fundam em razões de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, no contexto lógico-argumentativo de aplicação reconstrutiva do Direito Constitucional.¹³³

No Brasil, se todo órgão do Poder Judiciário não só pode, mas deve, como atividade típica e função intrínseca à jurisdição brasileira, apreciar alegações que explicitamente se referem à Constituição, podemos dizer que todo o Judiciário brasileiro é competente para exercer jurisdição em matéria constitucional, toda a jurisdição é jurisdição constitucional, conforme os processos legalmente previstos. No tocante a direitos humanos, deve-se, a partir do exercício da jurisdição constitucional, efetivar tais direitos que são direitos fundamentais.

Enfatize-se que, enquanto os demais tratados internacionais têm força hierárquica infraconstitucional, nos termos do art. 102, III, “b” do texto (que admite o cabimento do recurso extraordinário de decisão que declarar a inconstitucionalidade de tratado), os direitos enunciados em tratados internacionais de proteção de direitos humanos detêm natureza de norma constitucional, justificando-se tal tratamento diferenciado uma vez que tratados internacionais de direitos humanos apresentam caráter especial. Estes transcendem meros

¹³² AGRA, *op cit.*, p. 10.

¹³³ AGRA, *op. cit.*, p. 30.

compromissos entre os Estados pactuantes, tendo em vista que objetivam salvaguarda dos direitos do ser humanos e não das prerrogativas dos Estados.¹³⁴

Nesse contexto, pode-se entender o exercício da jurisdição constitucional em processos que versem sobre direitos humanos no âmbito dos tratados internacionais. Direitos enunciados em tratados internacionais podem coincidir com direitos assegurados pela Constituição, pode integrar, complementar e ampliar o universo de direitos constitucionalmente previstos, assim como pode vir a contrariar preceito do Direito interno, no entanto a harmonização prevalecerá.

Havendo ocorrência de condutas ilícitas tipificadas como crimes internacionais mais gravosos contra a humanidade, surge para o Estado a obrigatoriedade de julgar àqueles responsáveis por tais condutas, utilizando-se de seu corpo de normas. Uma vez verificado momento de conflito entre normas internas e internacionais faz-se necessária solução. Dizer o direito constitucional, ou seja, a jurisdição constitucional, funciona assim como a manifestação do Estado diante do conflito, estabelecendo um nível de equilíbrio. Considerada a lide sob um enfoque da matéria de direitos humanos, uma vez em curso a jurisdição constitucional, há de se levar em conta, antes de tudo, o tratado internacional com base na prevalência do ser humano e não somente de relações internacionais, pois, estas apenas dariam enfoque ao Estado e não a pessoa humana.

Nesse contexto, há de se refletir sobre pontos considerados conflitantes com o direito interno brasileiro, especificamente com a Carta Constitucional. Percebe-se necessária uma adequação do Estatuto de Roma com as normas brasileiras, posto que apesar da ratificação do estatuto ainda falta formalizar estrutura normativa nesse sentido. Inconteste é que os tratados internacionais de direitos humanos complementam a Constituição brasileira.

¹³⁴ PIOVESAN, *op. cit.*, pp. 46 e 47.

3.2 Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos como complemento à Constituição

O direito brasileiro incorporou os Tratados¹³⁵ Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos¹³⁶. A partir do processo de redemocratização do país, deflagrado em 1985, é que o Estado brasileiro passou a ratificar relevantes tratados internacionais de direitos humanos. Inovações introduzidas na Carta de 1988, principalmente em relação aos direitos humanos como orientador das relações internacionais, foram fundamentais para ratificação desses instrumentos de proteção. Esse processo de ratificação permitiu ampliação e reforço do universo de direitos fundamentais.¹³⁷

Os direitos humanos inspiraram constituintes e estão presentes em toda a Constituição, como no art. 3º ao falar em “garantir o desenvolvimento nacional” e “erradicar a pobreza...”, além do art. 5º e seguintes.¹³⁸ Inúmeros outros dispositivos, como já mencionados anteriormente, se reportam aos direitos humanos. Na ordem jurídica brasileira se percebe reprodução de disposições de tratados internacionais de direitos humanos, entendidos como preocupação do legislador em equacionar o Direito interno de modo que se ajuste, com harmonia e consonância, às obrigações internacionalmente assumidas pelo Estado brasileiro.

Os tratados internacionais de direitos humanos estão a integrar, complementar e estender a declaração constitucional de direitos humanos. A partir de instrumentos

¹³⁵ Tratado significa um acordo internacional celebrado entre Estados em forma escrita e regido pelo direito internacional, que conste ou de um instrumento único ou de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica. Conforme a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, que rege os aspectos referentes aos tratados. 8 ARIOSI, Mariângela. *Conflitos entre Tratados Internacionais e Leis Internas: O judiciário brasileiro e a nova ordem constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.23.

¹³⁶ A partir da Carta de 1988 foram ratificados pelo Brasil: a) Convenção Interamericana para Prevenir e Punir Tortura, em 20.07.1989; b) Convenção Contra Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 28.09.89; c) Convenção sobre Direitos da Criança, em 24.09.1990; d) Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24.01.1992; e) Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24.01.1992; f) Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25.09.1992; g) Convenção interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27.11.1995; h) Protocolo a Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte, em 13.08.1996; i) Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (San Salvador), em 21.08.1996; j) Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional, em 20.07.2002; e k) Protocolo Facultativo à Convenção sobre eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, em 28.07.2002.

¹³⁷ PIOVESAN, Flavia. *op. cit.*, pp. 41-43.

¹³⁸ MELLO, Celso de Albuquerque. TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2001, p.03.

internacionais ratificados pelo Estado brasileiro, é possível elencar inúmeros direitos que, embora não previstos no âmbito nacional, encontram-se enunciados nesses tratados e, assim, passam a incorporar ao Direito brasileiro.¹³⁹

No Brasil foi adotada a *concepção internacionalista kelseniana* em relação aos tratados internacionais de direitos humanos e que segundo tal concepção basta ratificação do tratado para que o mesmo produza efeitos jurídicos tanto no plano internacional quanto no plano interno. Nessa ordem de idéias, o Direito Internacional e o Direito Interno passam a compor uma mesma e única ordem jurídica, tendo em vista que a incorporação dos tratados de direitos humanos na nossa ordem interna se faz de imediato, a partir do ato da ratificação. E isto constitui demonstração clara de que, no que diz respeito aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, o Brasil adotou a sistemática da “incorporação automática”.¹⁴⁰

Considerando o Brasil como Estado-Parte nos Tratados de Direitos Humanos exige-se assim obrigações executivas, legislativas e judiciais. O Brasil contrai obrigação geral de organizar o poder público para garantir a todas as pessoas sob sua jurisdição o livre e pleno exercício de tais direitos. O cumprimento das obrigações internacionais de proteção requer o *concurso dos órgãos internos dos Estados*, e estes são chamados a aplicar as normas internacionais. É este o traço distintivo e talvez o mais marcante dos tratados de direitos internacionais, dotados de especificidade, requerem uma interpretação própria guiada pelos valores superiores que obrigam, diferentemente dos tratados clássicos que se limitam a regulamentar os interesses recíprocos entre as Partes. A partir desse entendimento, os grandes

¹³⁹ Pode-se destacar, a título de ilustração, os seguintes direitos: a) direito de toda pessoa humana a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive alimentação, vestimenta e moradia, nos termos do art. 11 do Pacto internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; b) proibição de qualquer propaganda em favor da guerra e proibição de qualquer apologia ao ódio nacional, racial ou religioso, que constitua incitamento à discriminação, a hostilidade ou à violência, em conformidade com o art. 20 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e art. 13 (5) da Convenção Americana; c) direito das minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas de ter sua própria vida cultural, professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua, nos termos do art. 27 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e art. 30 da Convenção sobre os Direitos da Criança; d) proibição do restabelecimento da pena de morte nos Estados que hajam abolido, de acordo com o art. 4º (3) da Convenção Americana; e) possibilidade de adoção pelos Estados de medidas, no âmbito social, econômico e cultural, que assegurem a adequada proteção de certos grupos raciais, no sentido de que a eles seja garantido o pleno exercício dos direitos humanos e liberdades fundamentais, em conformidade com o art. 1º (4) da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial. PIOVESAN, Flavia. *op. cit.*, p. 50.

¹⁴⁰ MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais*. São Paulo, 2002. p.260.

beneficiários são as pessoas protegidas. Há uma interação entre o direito interno e o direito internacional, resultando assim que leis posteriores não podem revogar normas convencionais que vinculam o Estado, sobretudo no domínio de proteção dos direitos humanos.¹⁴¹

Nesse diapasão entende-se que as sentenças dos tribunais devem tomar em devida conta as disposições convencionais dos tratados de direitos humanos que vinculam o país. O Direito Internacional de Direitos Humanos permite ainda, em determinadas hipóteses, o preenchimento de lacunas apresentadas pelo Direito brasileiro. Ao se tratar do exercício da jurisdição constitucional em face de fatos concretos em matéria de direitos humanos – direitos fundamentais - deve-se tratar desses como normas constitucionais substanciais.

A título de exemplo, destaca-se decisão proferida pelo STF acerca de existência jurídica do crime de tortura contra criança e adolescente, no *Hábeas Corpus* n. 70.389-5 (São Paulo; Tribunal Pleno – 23.6.94; Relator: Ministro Sidney Sanches; Relator para Acórdão: Ministro Celso de Mello). Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal enfocou a norma constante no Estatuto da Criança e do Adolescente que estabelece como crime a prática de tortura contra criança e adolescente (art. 233). A polêmica surgiu dado o fato da norma consagrar um “tipo penal aberto”, passível de complementação no que se refere à definição dos diversos meios de execução do delito de tortura. Nesse sentido, entendeu o Supremo Tribunal Federal que os instrumentos internacionais de direitos humanos – em particular, a Convenção de Nova York sobre os Direitos da Criança (1990), a Convenção contra a Tortura, adotada pela Assembléia Geral da ONU (1984), a Convenção Interamericana contra a Tortura, concluída em Cartagena (1985) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), formada no âmbito da OEA (1969) – permitem a integração da norma penal em aberto, a partir do reforço do universo conceitual relativo ao termo “tortura”. Note-se que apenas em 7 de abril de 1997 foi editada a Lei n. 9455, que define o crime de tortura.¹⁴²

¹⁴¹ ABREU BOUCAULT, Carlos Eduardo de. ARAUJO, Nadia de. *Os direitos humanos e o direito internacional*. 1999, pp. 32 e 50.

¹⁴² PIOVESAN, *op cit.*, pp. 52 e 53.

A incorporação de tratados internacionais de direitos humanos ao direito interno se dá através de uma norma procedimental advinda com a EC n 45¹⁴³ a qual inseriu o §3º ao art. 5º da CF. Ao se interpretar esse novo dispositivo em sintonia com o art. 5º, §2º, pode ser compreendido que foi assegurado, a condição de direitos formal e materialmente constitucionais (e fundamentais) aos direitos consagrados no plano das convenções internacionais. O novo § 3º representou um significativo avanço ao assegurar, desde que observado o procedimento nele estabelecido, uma hierarquia supralegal dos direitos consagrados nos tratados, impedindo, nestes casos, a manutenção do princípio da paridade entre lei ordinária e tratado ainda prevalente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e sustentado, embora cada vez menos, por parte da doutrina.¹⁴⁴

Percebe-se que os direitos humanos não mais podem ser analisados isoladamente sob a ótica da ordem jurídica interna. O Brasil é Estado-Parte em vários tratados internacionais de direitos humanos e se faz necessária utilização desses instrumentos. O poder judiciário no exercício da jurisdição constitucional não pode em momento algum se afastar desses instrumentos. Os dispositivos constantes dos Tratados internacionais reconhecidos pelo Brasil devem ser indispensáveis quando da análise de casos em concreto que versem sobre direitos humanos. A Constituição brasileira os dita em forma de comandos constitucionais e não podem ser vistos como simples declarações de intenções. Uma vez considerados como norma constitucional, detém esses dispositivos caráter de obrigatoriedade quando da concretização de direitos humanos.

Deve-se imaginar assim a concretização de direitos humanos, dentro do contexto da jurisdição constitucional, como aspecto resultante de um processo de evolução no tocante a garantir a segurança jurídica. Os direitos fundamentais, com base no constitucionalismo do futuro, devem ser efetivamente garantidos e concretamente satisfeitos¹⁴⁵. As normas

¹⁴³ A EC/45 acrescentou um § 3º ao art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Tal dispositivo descreve “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que foram aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

¹⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direito, Estado e Democracia*. Porto Alegre: Revista de Hermenêutica Jurídica, 2006, pp. 185 e 194.

¹⁴⁵ LUIGI, Ferrajoli. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2001, pp.176 e 177.

constitucionais substanciais são direitos fundamentais, as quais pertencem a todos que são seus titulares. Esta titularidade comum é quem dá sentido a democracia e soberania popular.¹⁴⁶

Após a 2ª Guerra Mundial transformações ocorreram principalmente em relação ao direito constitucional, passando-se a reconhecer que o direito relaciona-se com os ideais de justiça e de humanidade. As normas constitucionais passaram a vincular, além dos direitos de liberdade e da separação dos poderes, também a política, albergada na idéia de prevalência dos valores, que passaram a desempenhar um papel de destaque no cenário jurídico constitucional¹⁴⁷. Em nível interno, o Brasil vivenciou o regime militar, cenas degradantes de torturas, mortes, desencadeando manifestos de justiça. Inseriu-se assim no texto constitucional a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.¹⁴⁸

Os tratados internacionais de direitos humanos, princípios a eles relacionados ou o próprio texto normativo não podem ser considerados de forma restrita. Ao se fazer uso da norma constitucional atinente a direitos humanos deve-se considerar que preceitos outros como dignidade, liberdade, bem-estar, acesso à Justiça, são valores relacionados à dignidade da pessoa humana, devendo ser entendidos no sentido que a Carta Magna visa demonstrar baseado na sua supremacia.

A evolução das sociedades influi consideravelmente na relação entre seus componentes. As relações pacíficas enriquecem em todos os sentidos as sociedades nacionais. O Direito que deve seguir a linha de evolução da sociedade internacional tem que ir se adaptando as novas situações.¹⁴⁹ A Carta de 1988 seguindo a tendência do constitucionalismo contemporâneo de se igualar hierarquicamente os tratados de proteção dos direitos humanos às normas constitucionais, deu um grande passo rumo à abertura do sistema jurídico brasileiro ao sistema internacional de proteção de direitos, quando, no §2º do seu art. 5º, deixou estatuído precisamente “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros

¹⁴⁶ LUIGI, Ferrajoli. Op.cit. p.172.

¹⁴⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.24.

¹⁴⁸ SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 144-145.

¹⁴⁹ DEL MORAL, Mª Assunción Orench y. *El derecho Internacional como ordenamiento jurídico objetivo*. Madrid, 2004.p.42.

decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais do que a Republica Federativa do Brasil seja parte”.¹⁵⁰

3.3 Direito Constitucional Internacional. Jurisdição Constitucional e tratados de Direitos Humanos.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos se distingue do direito internacional público em geral. Este busca disciplinar relações de reciprocidade e equilíbrio entre Estados, visando interesse dos próprios Estados pactuantes. O Direito Internacional dos Direitos Humanos objetiva garantir o exercício dos direitos da pessoa humana. Deve-se assim compreender que ao se pensar direitos humanos dentro de uma visão internacional, com base em tratados, nos vemos diante do tema Direito Internacional dos Direitos Humanos. Refletir a Constituição no âmbito desse tema exige o estudo da relação desta com os tratados internacionais de Direitos Humanos.¹⁵¹

O direito constitucional internacional representa, portanto, o resultado da relação interdisciplinar entre o direito constitucional e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Esses dois campos do direito buscam resguardar um mesmo valor – o da primazia da pessoa humana – concorrendo na mesma direção e sentido. Essa relação de disciplinas objetiva ainda desvendar o modo pelo qual o direito internacional dos Direitos Humanos reforça os direitos constitucionalmente assegurados, fortalecendo os mecanismos de proteção dos direitos da pessoa humana. Estabelece-se assim interação que tem como alvo um mesmo objetivo.¹⁵²

Considerar essa relação interdisciplinar objetivando proteção dos direitos humanos, primando pela afirmação da dignidade humana, claramente expressa em nosso texto constitucional, salta aos olhos a possibilidade de aplicabilidade da jurisdição constitucional

¹⁵⁰ MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais*. São Paulo, 2002. p.233.

¹⁵¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo, 2006, p.15.

¹⁵² PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo, 2006. p.17.

voltada para proteção de direitos humanos. Ao se tomar como exemplo o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos¹⁵³ nos deparamos com vários direitos a serem considerados a exemplo de direito à vida (art.6º), restrições à prática de pena de morte, direito à integridade física, tratamentos cruéis, degradantes, desumanos (art.7º), direito a liberdade, proibição a prisão por descumprimento de obrigação contratual, direito ao devido processo legal (art.9º), direito a julgamento justo, o que inclui duplo grau de jurisdição (art.14), direito à intimidade (art. 17), direito a liberdade religiosa (art.18), dentre outros nele expressos.

Como mencionado anteriormente, os tratados internacionais de direitos humanos têm caráter especial, detendo natureza de norma constitucional, diferem-se, portanto, dos demais tratados internacionais que têm força infraconstitucional, o que justifica para aqueles um tratamento diferenciado, pois visam salvaguardar direitos do ser humano.¹⁵⁴ Uma vez reconhecido o ordenamento jurídico constitucional como supremo, tendo este já promovido a integração de valores atinentes a direitos humanos seu texto, e mais, abarcado a realidade dos tratados internacionais de proteção de direitos humanos, nada obsta a aplicabilidade da jurisdição internacional com ênfase em tais tratados. A exemplo do que destaca HABERMAS, é possível reconstruir a tarefa da Jurisdição Constitucional no exercício do controle de constitucionalidade como primordialmente referida ao exame e a garantia de realização das condições procedimentais da gênese democrática do Direito¹⁵⁵. Nesse sentido, há de ser feita uma reflexão acerca da maior aplicabilidade dos tratados internacionais de direitos humanos, estabelecendo eficácia na concretização desses direitos por parte do Estado brasileiro.

Ao se primar por uma efetiva justiciabilidade no sentido de evolução da sociedade, torna-se imprescindível que o Direito siga a linha de evolução da sociedade internacional, adaptando-se a novas situações. A Carta de 1988 seguiu a tendência do constitucionalismo contemporâneo de se igualar hierarquicamente os tratados de proteção de direitos humanos às normas constitucionais, como se vê no §2º do seu art. 5º. E nesse sentido, foi inserido o §4º, onde se reconheceu a jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

¹⁵³ O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos foi ratificado pelo Brasil, em 24.01.1992, a partir da Carta constitucional de 1988.

¹⁵⁴ PIOVESAN, *op. cit.*, pp. 46 e 47.

¹⁵⁵ HABERMAS, *op cit.*, p. 330.

3.4 Constitucionalismo: reconhecimento dos tratados e valorização do ser humano

Mesmo após as diversas transformações experimentadas pelo direito constitucional no século XX, o núcleo da Constituição permaneceu inabalado, podendo ser este entendido como uma idéia de uma ordem suprema que estabelece as diretrizes normativas essenciais para toda comunidade. No âmbito dos direitos humanos percebemos que o surgimento de novos tratados, novas interpretações e decisões que aumentam a proteção à dignidade da pessoa humana e isso passa efetivamente pelo núcleo da Constituição. Muito ainda há de ser feito nesse campo, mas merece destaque esforços realizados tanto em nível interno quanto no internacional. Os tratados cada vez mais ganham importância e são reconhecidos constitucionalmente.

A Constituição Federal dispõe em seus postulados indicativos inequívocos da prevalência e respeito voltados para efetivação de direitos e garantias fundamentais, inclusive sob a égide da aplicabilidade imediata. Firma ainda nesse contexto a relevância dos princípios de mesmo sentido elencados em tratados internacionais a que esteja vinculado e ressalta a equivalência de tratados de direitos humanos a emenda constitucional, a partir de procedimento exigido. Diversos tratados internacionais de Proteção dos direitos humanos foram incorporados pelo Brasil, pertinentes a Tortura, Tratamentos Desumanos, Direitos da Criança, Violência Contra a Mulher, dentre outros. Esses instrumentos integram um sistema global de proteção.

Considerando a jurisdição constitucional a partir de seu papel fundamental de guardião dos postulados constitucionais, destaque-se o art. 5º, §2º ao §4º¹⁵⁶ e o sentido da preservação de direitos, garantias, os princípios expressos na Constituição e nos tratados internacionais. Devem ser observados os valores da pessoa humana, confirmando os direitos fundamentais descritos na Carta.

Torna-se possível assim aplicar as normas constitucionais a partir do raciocínio da interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face dos valores da dignidade

¹⁵⁶ O § 4º do Art. 5º da CR / 88 trata do reconhecimento da Jurisdição do TPI.

da pessoa humana e dos direitos fundamentais. Justifica-se estender aos direitos enunciados em tratados o regime constitucional conferido a demais direitos e garantias fundamentais.¹⁵⁷

O objetivo maior da jurisdição constitucional é densificar a concretização dos direitos fundamentais, núcleo valorativo de maior relevância da Carta Magna¹⁵⁸. Vale ressaltar aqui a possibilidade de se aplicar a jurisdição constitucional voltada para casos concretos de respeito a direitos humanos e conseqüentemente resultados eficazes por parte do Estado na busca de tais conquistas.

Ao se pensar direitos humanos – direitos fundamentais – considera-se em princípio a divisão doutrinária majoritária que os define como direitos, liberdades e garantias, e direitos fundamentais econômicos sociais e culturais. No contexto da realidade brasileira, diante de um processo de carência na prestação de tais direitos, acreditamos ser possível compreender a jurisdição constitucional direcionada para assegurar a concretização dos comandos constitucionais, ainda que apenas no âmbito das liberdades e garantias, dando-se relevo a esses direitos em harmonia com o que rezam os tratados internacionais de direitos humanos que largamente valoram a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental.

Por fim, é a Jurisdição Constitucional algo imprescindível, seja para guarda da constituição, seja para concretização de direitos fundamentais, cabendo a ela ir além do agir dogmático-formal, principalmente no tocante a primazia da dignidade da pessoa humana. O Estado exercer sua capacidade de prevenção e repressão a crimes contra direitos humanos deve valer-se dos tratados. Os tratados Internacionais de Direitos Humanos, detentores de caráter especial uma vez que focam não o Estado, mas sim ao ser humano, devem ser utilizados numa perspectiva de vontade do Estado, simbolizando assim harmonia no respeito ao indivíduo, ao homem, a toda comunidade internacional. A partir da aplicação desses tratados no âmbito interno há de se ter, como conseqüência, o fortalecimento do uso do Direito e avanços na proteção e promoção dos direitos humanos. Há de se considerar que o Estado brasileiro detém ordenamento jurídico capaz de produzir de forma eficaz a persecução criminal, podendo

¹⁵⁷ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 2003, pp.45 e 46.

¹⁵⁸ AGRA, *op. cit.*, p. 31-32.

inclusive lançar mão dos tratados internacionais de direitos humanos. Em se tratando especificamente dos dispositivos elencados no ER / 1998, carece ao Brasil estabelecimento de lei que indique os parâmetros de aplicabilidade e perfeita adequação em harmonia com a Constituição.

4. O ESTATUTO DE ROMA E ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL

A existência de um TPI permanente se faz possível, como visto em pontos anteriores, em virtude de um Estatuto denominado ER/1998. Este apresenta em sua composição normativa considerações acerca da *coisa julgada*, *pena de prisão perpétua*, *entrega de pessoas*, *imprescritibilidade dos crimes*, *ausência de imunidade de agentes públicos*. Um Estado aderente ao concordar com o Estatuto em tela, reconhece a jurisdição do TPI submetendo-se aos dizeres do mencionado instrumento internacional. Serão então tratadas aqui algumas considerações acerca da adequação constitucional no que concerne a esses pontos e a adequação a constituição, dando-se destaque a Carta Magna brasileira, por se achar mais próxima e permitir maior reflexão. Constarão ainda no decorrer dessas considerações posicionamentos de doutrinas estrangeiras.

Deve-se dizer que a maior parte dos países não efetuaram nenhuma adaptação ou adequação de suas constituições para ratificar o Estatuto do TPI. Várias constituições não proíbem a prisão perpétua, nem excluem a extradição de nacionais. Por outro lado, há constituições que, verificados certos requisitos, conferem aos tratados internacionais valor supraconstitucional (caso dos Países baixos) e outras que têm uma cláusula geral de limitação constitucional para efeitos de cooperação internacional, como a francesa (e mesmo essa exigiu a revisão); e noutros países existe uma jurisprudência constitucional bastante complacente em relação a compatibilidade dos tratados internacionais. O Estado Português não se encaixava em

nenhuma dessas situações, daí a necessidade por parte deste de alterar sua constituição para ratificar o Estatuto do TPI.¹⁵⁹

Nesse sentido, essa nova ordem constitucional portuguesa limitou-se a estabelecer uma faculdade de reconhecer a jurisdição do TPI. A França já havia introduzido na sua Carta Constitucional redação nesse sentido, através da Lei Constitucional nº 99-568, de 8 de julho de 1999, onde se lê: “ A República pode reconhecer a jurisdição do Tribunal Penal Internacional nas condições previstas pelo Tratado assinado no dia 18 de julho de 1998.” Percebe-se assim que Portugal e França diferem-se de outros países em que a Constituição acolhe diretamente o TPI permante, ou seja, que se submetem diretamente à competência do Tribunal.¹⁶⁰

A Espanha promoveu a implementação do Estatuto do TPI, através da Lei Orgânica nº 15/2003, de 25 de novembro, que modifica a Lei Orgânica 10/1995, de 23 de novembro, referente ao Código Penal. Aprovou ainda a Lei Orgânica 18/2003, de 10 de dezembro, que trata da cooperação com o TPI. Nessa lei encontra-se como aspecto importante e polêmico a reserva de exclusividade ao governo para ativar a competência do Tribunal. Dispõe que corresponde exclusivamente ao Governo espanhol, mediante acordo do Conselho de Ministros, a proposta conjunta do Ministro de Assuntos Exteriores e do Ministro da Justiça, apresentação da denúncia de uma situação perante o fiscal do Tribunal, de conformidade com os artigos 13, parágrafo a), e 14 do Estatuto, e, em seu caso, para instar da Sala de Questões Preliminares que o fiscal reconsidere sua decisão de não iniciar atuações, conforme o art. 53.3 a) do Estatuto. Tal posição

¹⁵⁹ A solução encontrada pelo Estado Português foi seguir a linha francesa que utiliza cláusula genérica. Daí aditou-se um novo nº 7 ao art. 7º na Constituição da República Portuguesa, cujo texto diz: “ 7. Portugal pode, tendo em vista a realização de uma justiça internacional que promova o respeito aos direitos da pessoa humana e dos povos, aceitar a jurisdição do Tribunal Penal Internacional nas condições de complementariedade e demais termos estabelecidos no Estatuto de Roma.” MOREIRA, Vital., ASSUNÇÃO, Leonor e outros. O Tribunal Penal Internacional e a ordem jurídica portuguesa. Portugal: Coimbra Editora, 2004. pp. 15-16.

¹⁶⁰ Nos casos de França e Portugal, ao utilizarem “pode” nos dispositivos relativos ao reconhecimento da jurisdição do TPI, buscaram a não implicação de uma obrigação, entendendo-se que tais países podem vir a retirar-se do Estatuto de Roma. MOREIRA, Vital., ASSUNÇÃO, Leonor e outros. O Tribunal Penal Internacional e a ordem jurídica portuguesa. Portugal: Coimbra Editora, 2004. pp.16-17.

do governo espanhol é objeto de crítica, pois estaria ele assumindo um papel que é próprio do Ministério Fiscal e do Poder Judiciário.¹⁶¹

No tocante a Constituição da República Federativa do Brasil, esta traz em seu artigo 5º, §4º., o reconhecimento e submissão do Estado brasileiro à jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Tal dispositivo foi acrescentado a Carta constitucional brasileira através da EC 45/2004. Importa destacar que em 07.02.2000, o Brasil procedeu à assinatura do tratado constitutivo do TPI e, em 20.06.2002, depositou o instrumento de ratificação perante o Secretário-Geral das Nações Unidas. O Estatuto de Roma foi aprovado no Brasil por meio do DL nº 112, de 06.06.2002, efetivando-se sua promulgação em 25.09.2002 pelo Decreto presidencial nº 4.388.

Vários países, assim como o Brasil, reconheceram o ER/1998, assim como a submissão ao TPI. Alguns questionamentos surgem a partir daí devido ao conjunto de regras jurídicas apresentadas no mencionado instrumento legal. Podem ser pontuadas situações exemplificativas como o fato do Brasil não adotar em seu ordenamento jurídico penal a pena de prisão perpétua, ou mesmo ausência de imunidade de agentes públicos. Nesse contexto de dúvidas e questionamentos surgem. A seguir algumas considerações são apresentadas buscando esclarecimentos e reflexões sobre algo juridicamente novo – uma nova dimensão no tocante ao tratamento dado àqueles que cometem crimes internacionais, penas aplicadas – e sua relação com a Constituição brasileira.

O TPI¹⁶², considerado como órgão permanente, nasceu em 1998 a partir do Estatuto de Roma¹⁶³. Essa Corte Internacional Criminal possui como função julgar crimes praticados contra a humanidade. Encontra-se disciplinado no ER/1998 quais crimes são assim considerados e expõe, a partir de toda uma normativa, quando e como devem ser trabalhados os procedimentos para funcionalidade desse recente conceito de internacionalização do Direito Penal. O Direito

¹⁶¹ GIL, Gil Alicia. *Novos instrumentos de implementação do Estatuto do TPI na Legislação Espanhola*. In: AMBOS, Kai e JAPIASSÚ, Carlos E. Adriano. *Tribunal Penal Internacional. Possibilidades de Desafios*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. pp. 233 e 235.

¹⁶² O Tribunal Penal Internacional tem como sede a cidade de Haia, países baixos (“o Estado anfitrião”). Foi criado a partir do Estatuto de Roma, aprovado em 17 de julho de 1988, em Roma – Itália.
4 Possibilitou a Criação do Tribunal Penal Internacional, estabelecendo assim uma jurisdição penal internacional.

Penal contemporâneo, via de regra, dado a natureza de suas penas, deve ser aplicado somente aos indivíduos, que são os verdadeiros autores das condutas para que se cumpra com o seu objetivo de retribuição e prevenção de novas condutas delitivas.¹⁶⁴

A elaboração do ER / 1998. e conseqüente organização do TPI mostram ao mundo a necessidade que existe – seja como da efetiva institucionalização de uma corte penal internacional – seja no sentido de consciência que é imprescindível para a valorização permanente dos direitos a vida, a integridade, as liberdades, dentre outros entendidos como direitos humanos. As nações, em sua maioria, não suportam mais assistir ataques, ameaças, genocídios, crimes contra a humanidade, produzidos por alguns que ficam, ao término do evento, impunes ou julgados com parcialidade não vindo a serem punidos.

O estabelecimento de uma Corte dessa natureza representou a manifestação de vários Estados, de uma comunidade internacional, daí a aprovação em julho de 1998 do ER /1998 com cento e vinte votos favoráveis, dentre eles o do Brasil, sete contrários e vinte e uma abstenções. Essa idéia de uma Corte Internacional Penal, aceita por tantos países, vem a consolidar uma nova tendência, antes iniciada pelas Cortes *ad hoc* estabelecida pela ONU para julgar os acusados de atrocidades durante o genocídio de Ruanda (1994) e na guerra da Bósnia (1992-1995), que servirá como base de um novo sistema de justiça internacional.¹⁶⁵

Determinados pontos do Estatuto de Roma¹⁶⁶, a exemplo da coisa julgada, prisão perpétua, entrega de pessoas, imprescritibilidade dos crimes e ausência de imunidade de agentes públicos, trazem a tona discussão acerca da possibilidade de aplicação em nosso país. Sabido é que o Brasil, exemplificando, não adota a pena de morte, bem como inexistente a prisão perpétua.

¹⁶⁴ RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade Internacional por violação de Direitos humanos*. 2004, pp.85 e 86.

¹⁶⁵ SCHAFRANSKI, Silvia Maria Derbli. *Direitos humanos & seu processo de universalização*. 2003, pp.80 e 81.

¹⁶⁶ Importa destacar que em 07.02.2000, o Brasil procedeu à assinatura do tratado constitutivo do TPI e, em 20.06.2002, depositou o instrumento de ratificação perante o Secretário-Geral das Nações Unidas. O Estatuto de Roma foi aprovado no Brasil por meio do DL nº 112, de 06.06.2002, efetivando-se sua promulgação em 25.09.2002 pelo Decreto presidencial nº 4.388.

Em face desse contexto, cabe aqui desenvolver algumas considerações a seguir baseadas em pontos apresentados pelo Estatuto de Roma que geram muitas discussões, bem como analisá-los diante da Constituição brasileira.

4.1 Coisa julgada e Prisão Perpétua

Antes de descrever acerca do modo pelo qual o ER/1998 trata da coisa julgada e da prisão perpétua, importa destacar que a Carta Magna brasileira dispõe que a coisa julgada não há de ser prejudicada pela lei, assim como o fará em relação ao direito adquirido nem ao ato jurídico perfeito¹⁶⁷ assim como não admite a pena de morte, salvo em caso de guerra declarada.¹⁶⁸

A coisa julgada se refere ao pronunciamento final de mérito, do qual não cabe mais recurso, tornando-se àquela decisão imutável e indiscutível. O ER/1998 reconhece o valor da coisa julgada. Destaca em seu art. 20 (3) “ O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal, por atos também punidos pelos artigos 6, 7 ou 8¹⁶⁹ do Estatuto, a menos que o processo nesse 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 reconhecido 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”.

Chama-se atenção para parte do dispositivo que indica uma exceção, ou seja, expressa a possibilidade da ocorrência da falta de imparcialidade ou visa o processo à impunidade daquele que esta sendo objeto de julgamento pela prática de crime internacional. Vale lembrar que a jurisdição do TPI é *subsidiária* à jurisdição dos Estados. Percebido a realização de um

¹⁶⁷ CR/88. Art.5º, Inc. XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

¹⁶⁸ CR/88. Art.5º, Inc. XLVII, “a”.

¹⁶⁹ Esses dispositivos definem os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra.

juízo local visando impunidade dos autores dos crimes contra os direitos humanos, ou a investigação e processamento desses acusados estiver sendo feitas com delongas ou de forma inaceitável, deve a Corte Internacional julgar.¹⁷⁰

Diante de situação como esta, há um conflito positivo entre a jurisdição do TPI e a jurisdição local. Assim, é o próprio TPI quem julga tal conflito, podendo o Estado apresentar suas razões perante o tribunal. O tribunal decidirá pela admissibilidade do caso, ouvindo o Estado interessado e o Ministério Público do tribunal. Caso decida pela prevalência da jurisdição do tribunal, deve o Estado efetuar a entrega do acusado, mesmo que já exista coisa julgada absolutória local.¹⁷¹

Fica evidente que o Brasil ao aderir ao ER/1998 - tratado internacional de direitos humanos - submete-se a jurisdição penal internacional, concorda com o dispositivo elencado no art. 20 já descrito que versa sobre a coisa julgada e ocorrência de parcialidade e/ou impunidade de criminosos, momento em que atua o Tribunal. O art. 17¹⁷² do Estatuto de Roma dispõe sobre questão de admissibilidade da atuação do Tribunal Penal Internacional. Especificamente o art. 17 (2), define a “não confiabilidade” tomando por base três situações alternativas: (a) a pessoa em questão tenha imunidade penal; (b) haja uma inconsistente demora para levar a pessoa investigada a julgamento (c) os processos não sejam independentes e imparciais, e sejam conduzidos de encontro a levar o investigado a julgamento. É o princípio da complementariedade, característico do TPI quem permite ajuizamento de casos na esfera do

¹⁷⁰ CHOUKR, Fauzi Hassan e AMBOS, Kai. *Tribunal penal internacional*. 2000, p.275.

¹⁷¹ CHOUKR, Fauzi Hassan e AMBOS, Kai. *Tribunal penal internacional*. pp. 275 e 278.

¹⁷² *O artigo 17 do Estatuto de Roma abre exceção à feitura de coisa julgada por tribunais nacionais, quando, apesar de sustentar o princípio da complementariedade, prevê a atuação do Tribunal Penal Internacional: a) quando o caso estiver sendo objeto de investigação ou processo em Estado que tem jurisdição sobre o mesmo, mas considere o Tribunal Penal Internacional que tal Estado “genuinamente não seja capaz ou não esteja disposto a levar a cabo a investigação ou o processo”; b) quando o caso estiver sendo objeto de investigação em Estado que tem jurisdição sobre o mesmo, mas tal Estado tenha decidido não promover ação penal contra o indivíduo em questão, e se considere que essa decisão tenha resultado da falta de disposição do referido Estado de levar a cabo processo ou da impossibilidade de fazê-lo; c) quando o caso tiver sido objeto de processo em Estado que tem jurisdição sobre o mesmo, com condenação ou absolvição, mas o Tribunal Penal Internacional entenda que os procedimentos no outro Tribunal tenham obedecido ao propósito de subtrair o acusado de sua responsabilidade penal por crimes sob a jurisdição do Tribunal Penal Internacional; d) quando simplesmente o caso for suficientemente grave para justificar a ação do Tribunal Penal Internacional.*

tribunal, com base no direito internacional humanitário em conformidade com as obrigações assumidas pelo Estado no plano internacional.¹⁷³

Uma reflexão acerca do Tribunal Penal Internacional traz a luz idéia de paz, integração harmônica entre povos. O Brasil desde o art. 7º da ADCT¹⁷⁴ o Brasil se manifesta no sentido da formação de tribunal internacional dos direitos humanos. Ao se perceber o número de países que ratificaram o Estatuto de Roma nota-se o grau de interesse desses países pela busca de um bem-estar de todos. A possibilidade desse Tribunal rever decisões, uma vez eivadas de vícios ou processo infundáveis, dentre outras situações atentatórias a um efetivo julgamento de criminosos, é algo importante para construção de uma nova mentalidade internacional pela valorização dos direitos humanos. Não aceitar os dispositivos contidos no ER/1998 é negar todo um conjunto de intenções apresentado pelo Brasil no sentido de participar do TPI. A realidade é que o sentido dos dogmas da soberania e da coisa julgada ganha um novo perfil em face da jurisdição penal internacional. Por seu turno, a pena de prisão perpétua, possível de aplicação pelo TPI, não vincula o Estado ratificante do Estatuto para que aplique em âmbito interno. A seguir algumas considerações acerca dessa restrição de liberdade.

A **Pena de Prisão Perpétua** apresentada no ER/1998, é aplicada quando da prática de crime *extremamente grave*, considerando ainda circunstâncias individuais do acusado. Existe ainda a possibilidade de revisão dessa pena, só que após 25 anos. Os artigos 77 e 100 do Estatuto de Roma representam o resultado de uma evolução no âmbito internacional, pois nos tribunais de Nuremberg e Tóquio se previu pena de morte. Essa evolução teve continuidade com os tribunais “*ad hoc*” para Ruanda e antiga Iugoslávia, onde se estabeleceu como pena máxima não a pena de morte, mas a pena de prisão perpétua sem qualquer restrição. Agora, com o TPI se restringiu a pena de prisão perpétua a casos de extrema gravidade, possibilitando uma revisão após 25 anos.¹⁷⁵

¹⁷³ CHOUKR, Fauzi Hassan e AMBOS, Kai. *Tribunal penal internacional*.pp.240.

¹⁷⁴ Artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias prevê que: “O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”.

¹⁷⁵ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 2003, São Paulo, 2003. p.172.

A Constituição Portuguesa dizia no seu art. 30º-1 que “não pode haver penas nem medidas de segurança restritivas da liberdade com carácter perpétuo, ou de duração ilimitada ou indefinida.” No processo de adequação da constituição portuguesa ao TPI foi acrescido ao art. 30º-1 a CRP um inciso final: *sem prejuízo do disposto no art. 77º do TPI.*” Em princípio o reconhecimento de tal pena cria impacto significativo ao Estado que não a adota, no entanto, para atenuar tal situação, importa assinalar que a prisão perpétua do TPI não pode ser incorporada na ordem penal interna nem ser aplicada pelos tribunais nacionais. E ainda, no próprio contexto do TPI só se aplica em última instância.¹⁷⁶

A Constituição brasileira proíbe a pena de prisão perpétua, conforme trata o art. 5º, XLVII: *Não haverá penas (...) b) de carácter perpétuo(...)*.¹⁷⁷ O ER/1998, por sua vez, impede que haja ratificação com reservas pelos países. Importa observar que o Brasil já promoveu a ratificação de tal estatuto, reconhecendo a jurisdição penal internacional, conforme declinado anteriormente. E ainda, a CR / 1988 admite a pena de morte, mais grave que a perpétua, no caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX (art. 5º, XLVII, a).

O Estatuto do TPI, em seu artigo 5º descreve os crimes internacionais: genocídio, contra a humanidade, de guerra e de agressão. E a Carta da ONU, ratificada pelo Brasil, já previa que em caso de preservação ou restauração da paz e da segurança internacionais pode haver, por parte da organização, com apoio necessário dos seus membros, o recurso à força, o que torna a competência do TPI potencialmente exercitável, em qualquer dos âmbitos penais ou em caso de guerra. Com base nesse raciocínio, é de se observar que a CR/1988 já prevê pena mais severa que a perpétua para boa parte dos crimes alcançados pelo TPI.

Chama atenção o fato do ER/1998 atribuir pena de *prisão perpétua*, descrita no artigo 77 (1) (b)¹⁷⁸ pois e ao mesmo tempo, em seu artigo 110 (3)¹⁷⁹ que fala da *revisão relativa a uma*

¹⁷⁶ MOREIRA, Vital., ASSUNÇÃO, Leonor e outros. O Tribunal Penal Internacional e a ordem jurídica portuguesa. Portugal: Coimbra Editora, 2004. p.24.

¹⁷⁷ Nem através de Emenda Constitucional pode tal previsão sofrer modificação, uma vez observada a cláusula pétreia inserida no § 4º do artigo 60 da Carta Magna: “*Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir (...) IV- os direitos e garantias individuais.*”

¹⁷⁸ Art. 77. Penas aplicáveis. 1. O Tribunal poderá, observado o disposto no art. 11, aplicar uma das seguintes penas ao réu considerado culpado por um dos crimes previstos no art. 5º do presente Estatuto: b) pena de prisão perpétua, quando justificada pela extrema gravidade do crime e pelas circunstâncias pessoais do condenado.

redução da pena, possibilitar uma segunda análise da situação do preso. Entende-se nesse sentido que a intenção ou objetivo das penas privativas de liberdade consiste na ressocialização do condenado. Fica claro o processo evolutivo em relação a penas aplicadas. Em tribunais internacionais em outros momentos foram notadas atribuições das penas de morte e prisão perpétua sem qualquer restrição.

O fato marcante no tocante ao Estatuto, quanto à aplicação da pena de prisão perpétua, é a necessidade de um olhar cauteloso no que concerne a considerar atos de extrema gravidade – que ocasionaria tal medida restritiva de liberdade - pois todos os crimes internacionais assim considerados são de extrema gravidade, e mais, se o sentido é ressocialização tal efeito sairia de foco quando da aplicação dessa pena. Mas destaca-se que muito se conquistou com o Tribunal Penal Internacional no tocante à proteção dos Direitos Humanos, não sendo permitidos, sob hipótese alguma, retrocessos na agenda dos direitos humanos.¹⁸⁰

O Brasil ao reconhecer a jurisdição penal internacional, com fundamento em princípios elencados na carta constitucional brasileira, dentre eles o da *prevalência dos direitos humanos e dignidade da pessoa humana* visando consagrar de maneira efetiva a universalidade dos direitos humanos, demonstra a intenção de colaborar para o sistema internacional de proteção a direitos humanos. Encontra-se em seu texto constitucional, no art. 5º, §4º, o reconhecimento do Tribunal Penal Internacional, procurando assim concretizar aplicação dos princípios relativos ao sistema internacional de proteção de direitos humanos, já contidos na Carta Magna e em outros instrumentos internacionais, visando assim formação de uma nova mentalidade.

O ER/1998 é um tratado internacional ratificado por mais de 100 (cem) países. Nesse sentido e refletindo-se sobre os tratados internacionais de direitos humanos, exige-se focar o *princípio da interpretação evolutiva dos tratados de direitos humanos*, pelo qual se reconhece que o instrumento internacional de direitos humanos deve ser interpretado de acordo com o

¹⁷⁹ Art. 110. Revisão relativa a uma redução da pena. 3. Quando o recluso tiver cumprido dois terços da pena, ou 25 anos de prisão, em caso de prisão perpétua, o Tribunal revisará a pena a fim de determinar se esta deverá ser reduzida. Tal revisão não ocorrerá antes de cumpridos tais prazos.

¹⁸⁰ GUERRA, Bernardo pereira de Lucena Rodrigues. *Direito internacional dos direitos humanos*. 2006, pp.221 e 222.

sistema jurídico do momento de sua aplicação.¹⁸¹ Surge assim a necessidade de compreender o caráter da jurisdição penal internacional, a aplicabilidade do ER/1998 pelo TPI, a partir das condições que se apresentarem casos concreto – eventos criminosos – que são objeto de reprovação por toda humanidade. A constituição brasileira já detém em seu corpo dispositivo e princípios que demonstram aceitação a essa nova ordem internacional, estando em seu conjunto o reconhecimento a possibilidade de aplicação da pena de prisão perpétua, nos moldes do Estatuto de Roma.

4.2 Entrega de Pessoas x Extradicação

Consta do art. 89 do ER/1998 a possibilidade do TPI transmitir pedido de captura e entrega de um indivíduo onde quer que se encontre. Esse pedido será acompanhado de elementos probatórios e dirigido a um determinado Estado.¹⁸² Importa destacar que não se trata de uma faculdade, mas de obrigação que tem o Estado-parte em efetivar a entrega, conforme dispõe os artigos 88 e 89 (1).¹⁸³

A CR/1988, em seu art. 5º, incisos LI e LII, apresenta que não é permitida extradicação de brasileiro ou estrangeiro.¹⁸⁴ De acordo com o disposto no ER/1998, fala-se de entrega e não extradicação, tendo o referido instrumento internacional deixado clara sua intenção em relação ao termo “entrega” definindo-o em seu artigo 102, a) que “por *entrega* se entenderá a entrega de um indivíduo por um Estado ao Tribunal, em conformidade com o disposto no presente Estatuto”; e b) “por *extradicação* se entenderá a entrega de um indivíduo por um Estado a outro,

¹⁸¹ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 2005, pp.105 e 106.

¹⁸² Artigo 91. (1). O pedido de detenção e de entrega será formulado por escrito. Em caso de urgência, o pedido poderá ser feito através de qualquer outro meio de que fique registro escrito, devendo, no entanto, ser confirmado através dos canais previstos na alínea a) do parágrafo 1º do artigo 87.

¹⁸³ Artigo 88. Os Estados Partes deverão assegurar-se de que o seu direito interno prevê procedimentos que permitam responder a todas as formas de cooperação especificadas neste Capítulo.

Artigo 89 (1). O Tribunal poderá dirigir um pedido de detenção e entrega de uma pessoa, instruído com os documentos comprovativos referidos no artigo 91, 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. Os Estados Partes darão satisfação aos pedidos de detenção e de entrega em conformidade com o presente Capítulo e com os procedimentos previstos nos respectivos direitos internos.

¹⁸⁴ Art. 5º, Incisos: 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; e LII – não será concedida a extradicação de estrangeiro por crime político ou de opinião”.

em conformidade com o disposto em um tratado ou convenção ou no direito interno”. Nesse contexto a entrega de um indivíduo ao Tribunal não significa extraditar, mas sim fazer com que o indivíduo se submeta à jurisdição penal internacional, esta já tendo sido reconhecida e efetivamente incorporada ao texto da constituição brasileira.

O TPI constitui uma jurisdição independente e imparcial, possuindo personalidade jurídica e capacidade jurídica internacionais, para cumprir seus propósitos. Nesse sentido, não se trata de a entrega de indivíduos para outro Estado soberano ou competente, mas sim a um organismo internacional criado pelo esforço de vários Estados.¹⁸⁵ A cláusula de recepção do TPI constante da Carta Constitucional Portuguesa, a título de exemplo, derogou outros dispositivos e reconheceu a aplicação do Estatuto de Roma no tocante a detenção e entrega de pessoas acusadas de crimes. Essa mesma revisão constitucional admitiu a entrega de nacionais para julgamento em outros países da EU.¹⁸⁶

Importa assim verificar que são institutos diferentes o da entrega e o da extradição, pois falar em entrega com base no Estatuto de Roma é tratar de cooperação entre o Estado e o Tribunal Penal Internacional embasado no princípio da complementariedade da jurisdição penal internacional, plenamente aceito pelo Brasil. Por seu turno, a extradição é a entrega de um indivíduo a um outro Estado e não a um organismo internacional como é o caso do Tribunal Penal Internacional.

¹⁸⁵ LIMA, Renata. *op cit.*, pp.163 e 164..

¹⁸⁶ Vide art. 7^a-7. da CRP. MOREIRA, Vital., *et tal. O Tribunal Penal Internacional e a ordem jurídica portuguesa*. Coimbra, 2004. p.26.

4.3 Imprescritibilidade dos crimes

A prescrição consiste no decurso de tempo que impossibilita a punição pela prática de crimes após certo prazo, denominada assim de prescrição de “ação pública” que impede qualquer processo, ou a que surge depois da condenação, denominada prescrição da pena que não será executada. Crimes graves contra a humanidade não eram considerados imprescritíveis, apesar da consideração nesse sentido por meio de princípio geral do direito internacional. No ano de 1964, na França, foi votada por unanimidade lei tendente a “constatar” - o que significa que já se tratava de um princípio – a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade. Foi também inserido na Convenção da ONU de 1968 e na Convenção Européia de 1974, quando estas associaram a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade a dos crimes de guerra.¹⁸⁷

O princípio da imprescritibilidade no ER/1998 refere-se a condutas típicas definidas como crimes internacionais. Em seu artigo 29 destaca “os crimes sob jurisdição do Tribunal Penal Internacional não prescrevem”. Tais crimes são os de genocídio; contra a humanidade; de guerra; de agressão. A Constituição brasileira diz que são imprescritíveis os crimes de racismo e os relativos à ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático.¹⁸⁸

O ER/1998, ao ser incorporado ao ordenamento jurídico pátrio, encontra-se no mesmo plano e grau de eficácia das leis ordinárias. Nesse sentido, pode-se concluir que por consequência os crimes tidos como imprescritíveis pelo Estatuto podem, perfeitamente, ampliar o rol estabelecido pela Carta Constitucional do Brasil, estando eles em total consonância com os princípios e fundamentos por ela consagrados.¹⁸⁹ Pode-se considerar que o respeito aos dispositivos do Estatuto representa a manifestação de vontade de um Estado-parte em cooperar para o funcionamento do TPI.¹⁹⁰ O Brasil demonstra, em sua Carta Constitucional e nas suas relações com outros países, que participa desse processo de transformação ou reconstrução dos valores humanos no plano internacional.

¹⁸⁷ DELMAS-Marty, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p.299.

¹⁸⁸ Art. 5º, XLII e XLIV. CR/88.

¹⁸⁹ LIMA, Renata Mantovani de. *O Tribunal Penal Internacional*. 2006, pp.176 e 177.

¹⁹⁰ DELGADO, Lirola Isabel e MARTINÉZ, Magdalena M. Martín. *La corte penal internacional*. 2001, p.260.

Essas transformações no plano dos direitos humanos internacionais demonstram evolução da sociedade internacional. O Direito deve seguir a evolução dessa sociedade e se adaptar as novas situações.¹⁹¹ A constituição brasileira tem demonstrado que segue essa linha evolutiva, cabendo ao aplicadores do Direito e ao Estado brasileiro enquanto pessoa de Direito Internacional integrarem-se nesse processo.

4.4 Ausência de imunidade de agentes públicos

Em conformidade com o ER/1998, precisamente no seu artigo 27, fica instituído que a função oficial para efeito de responsabilidade criminal é irrelevante.¹⁹² Tal dispositivo deixa claro que não há distinção entre pessoa alguma, nem mesmo em relação a Chefe de Estado ou Governo. Visou-se assim não permitir privilégios políticos, estabeleceu-se ainda que a Corte terá autoridade para julgar todas as pessoas sem qualquer distinção oriunda de cargo oficial, de modo que o cargo não poderá servir de escudo para eximir-se da responsabilidade.¹⁹³

A Carta Constitucional Portuguesa, em sua cláusula 7^o-7, que visa adequação dessa Carta fundamental ao TPI, derogou todas as regras constitucionais no que respeita ao âmbito da jurisdição do Supremo Tribunal de Justiça português. Passam a ser irrelevantes as funções oficiais e as prerrogativas de jurisdição penal de que gozem os acusados nos seus países. O próprio Presidente da República poderia ser julgado, além do STJ, também pelo TPI.¹⁹⁴

A Constituição da República Federativa do Brasil, diz expressamente que no tocante a agentes políticos dos três Poderes da República, existem regras próprias para a abertura de

¹⁹¹ DEL MORAL, M^a Assunción Orench y. *El derecho Internacional como ordenamiento juridico objetivo*. 2004. p.42.

¹⁹² Art. 27. (1). O presente Estatuto será aplicável a todos por igual sem distinção alguma fundamentada em função oficial. Em particular, a função oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de um governo ou parlamento, representante eleito ou funcionário de governo, não eximirá o indivíduo da responsabilidade penal, sob este Estatuto, nem deverá, per se, constituir motivo para a redução da pena. (2). As imunidades ou normas especiais de procedimento vinculadas à função oficial de um indivíduo, de acordo com o direito interno ou com o direito internacional, não obstarão o Tribunal de exercer a sua jurisdição sobre a mesma.

¹⁹³ SCHAFRANSKI, Silvia Maria Derbli. *Direitos humanos & seu processo de universalização*. Op. cit. p. 81.

¹⁹⁴ MOREIRA, Vital., ASSUNÇÃO, Leonor e outros. *O Tribunal Penal Internacional e a ordem jurídica portuguesa*. Portugal: Coimbra Editora, 2004. p.27-28.

processo criminal, inclusive, imunidades em certos casos. O fato é que, imunidade ou procedimentos especiais, os quais pudessem dizer respeito à função ou cargo, não são óbices à jurisdição da Corte.¹⁹⁵ Nos tribunais penais *ad hoc* para a ex-Yugoslavia e Ruanda foram irrelevantes o caráter oficial do imputado, prevendo-se ainda a responsabilidade penal do superior hierárquico se este sabia ou tinha razões para saber que subordinado poderia cometer algum dos delitos e não adotou medidas para evitar.¹⁹⁶

Há de se considerar que o Brasil já se tornou parte em diversos tratados de proteção dos direitos humanos. Esses tratados, que se inspiram em valores comuns superiores e são dotados de mecanismos próprios de supervisão que se aplicam consoante a noção de garantia coletiva, tem caráter especial que o diferenciam dos demais tratados.¹⁹⁷ E no tocante a eficiência do Estado, cabe ao Brasil adotar as medidas necessárias e eficazes para julgar e processar todo aquele que praticar ilícitos penais descritos no ER/1998, independente do cargo ou importância que traga consigo.

A atualidade recente mostrou que os ditadores, do passado ou do presente, acusados dos mais graves crimes internacionais não estão ao abrigo da justiça penal. A recusa da impunidade dos governantes no caso de crimes ofensivos a toda humanidade deve revelar-se uma constante do direito internacional penal, como testemunha o Tratado de Roma, estatuto do Tribunal Penal Internacional. Um chefe de Estado ou de governo não tem por missão constitucional violar direitos fundamentais do indivíduo. E não poderia, para escapar do castigo, se entrancheirar detrás da soberania do Estado, salvo para ignorar a idéia de verdade.[...] ¹⁹⁸

Deve-se ter a compreensão no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro que a jurisdição do TPI é reconhecida pelo Brasil. Conforme já descrito antes acerca da Coisa Julgada,

¹⁹⁵ CHOUKR, Fauzi Hassan e AMBOS, Kai. *Tribunal penal internacional*.p.173.

¹⁹⁶ MONTOLIU, Ana Baltrán. Los tribunales penales internacionales AD HOC para la ex-Yugoslavia y Ruanda: organización, proceso y prueba. 2003, p.42-43.

¹⁹⁷ ABREU BOUCAULT, Carlos Eduardo de. ARAUJO, Nadia de. *Os direitos humanos e o direito internacional*. 1999. p.10.

¹⁹⁸ Tradução livre do autor . *‘Une récente actualité a montré que les dictateurs, anciens ou présents, accusés des crimes internationaux les plus graves ne sont pas à l’abri de la justice pénale. Le refus de l’impunité des gouvernants em cas de crime offensant l’humanité tout entière, s’évere etre une constante du droit international pénal, notamment conventionnel, comme en témoigne le traité de Rome portant statut de la Cort pénal internationale. Un chef d’État ou de gouvernement ná pas pour mission constitutionnelle de violer les droits fontamentaux de l’individu. Il ne saurait, pour échapper au châtime, se retrancher derrier la souveranité de l’État sauf à méconnaître la portée véritable de cette notion.* Livre tradução do autor. BADINTER, Robert. *De Nuremberg à la Cour Pénal Internationale*. In : LBERTINI, Pierre. *Pouvoirs. La Responsabilité des Gouvernants*. France: Seuil, 2000. pp.164.

não há de se falar em impossibilidade de processar e julgar agentes públicos nacionais tomando-se por base a questão da imunidade. Sendo a competência para processar e julgar do TPI, não há de se falar em imunidade, posto que consiste em um organismo internacional regido a partir de dispositivos próprios elencados no seu Estatuto e plenamente reconhecido pelo ordenamento jurídico pátrio.

A partir de tais considerações no que tocam a aspectos da *coisa julgada*, *pena de prisão perpétua*, *entrega de pessoas*, *imprescritibilidade dos crimes*, *ausência de imunidade de agentes públicos* apresentados no ER/1998 fica clara a intenção de evitar qualquer impossibilidade da não aplicação da lei penal ao indivíduo. Evidentemente as regras relativas ao TPI deixam a cargo do Estado cumprir com sua aplicação de jurisdição interna de forma eficaz, concretizando justiça. Essa é a regra, no entanto, entende-se possível evidenciar falta de capacidade, desejo, assim como agir o Estado com parcialidade, imprecisões no processamento de atos relativos ao julgamento de responsáveis por crimes internacionais. Surge assim o TPI para evitar a impunidade em face de tais ocorrências.

5. O ESTADO INCAPAZ NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A COMPLEMENTARIEDADE DO TPI

A existência de um tribunal penal de caráter permanente não visa sobrestar a competência ou jurisdição dos Estados no tocante a processo e julgamento daqueles que se acham na condição de imputados pela prática de crimes internacionais. Compete aos Estados serem capazes e desejosos de promover todos os procedimentos visando responsabilizar legalmente os responsáveis por condutas tidas como objeto de repúdio por toda uma comunidade de nações. Esta complementariedade da jurisdição penal desse tribunal se verifica quando da não atuação do Estado nacional, ou seja, quando o Estado em que o crime está sendo processado mostra-se incapaz ou não desejoso de processar e julgar, ou quando o caso for de tamanha gravidade que justifica o exercício da jurisdição do Tribunal.

Nesse sentido, vislumbrou-se a falta de condições para realização de justiça internamente nos Estados que resultaram da antiga Iugoslávia¹⁹⁹. Naquele momento histórico, e em função dos ódios que envolviam o conflito, era notória a falta de condições necessárias de imparcialidade para sua concretização.²⁰⁰ Verificou-se a época violações gravíssimas a direitos humanos e que deveriam ser seus responsáveis julgados criminalmente. O estabelecimento de um tribunal diante dessa situação visa não apenas julgar, mas também prima pelo restabelecimento da paz.

O Estado, ao proceder o efetivo desenvolvimento da persecução criminal, processando e julgando responsáveis por crimes internacionais contrários a dignidade da pessoa humana e que contrariam toda comunidade internacional, demonstrando a força e relevância do sentimento de busca pela proteção dos direitos humanos. O contexto de desenvolvimento acerca da proteção desses direitos desde o pós-guerra, quando do efetivo repúdio a atrocidades diversas, criou no mundo à vontade de eliminar ocorrência de tais ilícitos via punição de responsáveis e prevenção

¹⁹⁹ O estabelecimento do tribunal *ad hoc* para a ex-Iugoslávia demonstrou o repúdio da comunidade internacional a crimes gravíssimos violadores de direitos humanos que ocorreram nesses territórios entre 1991 e 1993, tendo contribuído para o processo de formação do TPI permanente.

²⁰⁰ BENVENUTO LIMA Jr. Jayme. *O Tribunal Penal Internacional para Antiga Iugoslava*. In: SEVERO NETO, Manoel. *Direito, cidadania & processo*. 2006, p.230.

de novos eventos. A efetivação da Justiça Internacional por meio do TPI não diminui a soberania para os países que aderiram ou os que irão aderir ao Estatuto de Roma, ao contrário cria uma sensação de bem estar reivindicada a muitos anos pela comunidade internacional.

Visando demonstrar os elementos que ensejam o caráter complementar do TPI na busca pela proteção de direitos humanos, ainda que não esgotando o tema por completo, os pontos a seguir tratarão de focar a importância de um instrumento legal ou de um mecanismo de cerco a ineficácia, e conseqüentemente a impunidade. Evita-se assim que aquelas pessoas autoras de crimes internacionais mais graves não respondam por seus atos e que a comunidade internacional alimente suas esperanças de nunca mais assistir eventos dessa natureza. Não apenas o caráter punitivo norteia a existência do tribunal, mas principalmente o preventivo.

5.1 Dignidade da pessoa humana e sua proteção pelo Estado

Toda pessoa humana é titular de direitos iguais e inalienáveis. Exigiu-se dos Estados esforços no sentido de estabelecer o reconhecimento de tais valores e muito se construiu no que concerne a afirmação da dignidade da pessoa humana. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948²⁰¹ teve como objetivo delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores básicos universais.²⁰² Desde seu preâmbulo, é afirmada a dignidade inerente a toda pessoa humana.²⁰³ Segundo a Declaração, basta a

²⁰¹ FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. *Tratados Internacionais*. São Paulo: LRt. 1999. p.406.

²⁰² Declaração Universal dos Direitos Humanos: aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, através da Resolução nº 217 (III), de 10.12.1948.

²⁰³ Preâmbulo: Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum; Considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão; Considerando essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações; Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla; Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades; Considerando que uma compreensão comum desses

condição de pessoa para se ter à titularidade de direitos. A universalidade dos direitos humanos traduz a absoluta ruptura com o legado nazista. Dignidade humana como fundamento dos direitos humanos veio posteriormente a ser incorporada por todos os tratados e declarações de direitos humanos, integrando assim o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos.²⁰⁴

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, ainda que não assuma a forma de tratado internacional, apresenta força jurídica obrigatória e vinculante, na medida em que constitui a interpretação autorizada da expressão “direitos humanos” constantes dos arts. 1º(3) e 55 da Carta das Nações Unidas. Ressalte-se que, à luz da Carta, os Estados assumem o compromisso de assegurar o respeito universal e efetivo aos direitos humanos.[...] ²⁰⁵

A dignidade da pessoa humana descrita fortemente desde a Declaração de 1948 serviu de base para a estruturação das relações internacionais – jurisdicionalização dessas relações na contemporaneidade – no entanto não se verifica efetividade da proteção internacional dos direitos humanos. Percebe-se ocorrência de crimes internacionais²⁰⁶ que ultrajam a dignidade de toda humanidade. Percebe-se que carece de efetivação a possibilidade de todo ser humano pleitear em seu favor, em cortes e instâncias internacionais, a proteção dos seus direitos, caso sejam violados; assim como, deixa-se a desejar o exercício do *poder de punição* que deve ter o Direito Internacional Público em face aos crimes em comento que afetam toda humanidade anulando a dignidade em relação a qualquer ser humano.²⁰⁷

O ordenamento jurídico interno de um Estado, assim como instrumentos normativos internacionais pertinentes a direitos humanos representam bases jurídicas para exercício da jurisdição. Esses instrumentos internacionais são os tratados e consistem em consentimento do Estado do Estado ratificante em obrigar-se a cumprir ou seguir os dispositivos ali elencados.²⁰⁸

direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso, a Assembléia Geral proclama – A presente Declaração Universal dos Direitos do Homem. (10.12.1948).

²⁰⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 2005, p.131.

²⁰⁵ *Idem.*, , p.132.

²⁰⁶ Com base no art. 5º do Estatuto de Roma, são considerados crimes internacionais: crimes de genocídio, crimes contra humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão.

²⁰⁷ MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. *Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro*. 2002, pp.20 e 21.

²⁰⁸ Art. 14 da Convenção sobre Direito dos Tratados (Viena, 1969). In: 8 ARIOSI, Mariângela. *Conflitos entre Tratados Internacionais e Leis Internas: O judiciário brasileiro e a nova ordem constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.242.

Inúmeros tratados internacionais foram assinados pelos Estados no sentido de proteção direitos humanos. Cabe a esses Estados serem responsáveis, eficazes para concretização desses direitos.

A responsabilidade dos Estados é decorrente, pois, é resultado de uma dinâmica muito peculiar entre os Três Poderes na esfera interna. Ações do Legislativo, Executivo e Judiciário vão determinar não só os atos internos, mas, sobretudo, a responsabilidade do Estado frente à sociedade internacional. [...] ²⁰⁹

Ao Estado cabe efetivar estruturas para proteção do ser humano. O mero fato de que as pessoas se encontram no território de um Estado é tudo menos irrelevante. Compete-lhes, juridicamente, a qualidade de ser humano, a dignidade humana, a personalidade jurídica. Elas são protegidas pelo direito constitucional e pelo infraconstitucional, tem direito a oitiva pelos tribunais, são protegidas pelos direitos humanos que inibem a ação ilegal do Estado.²¹⁰ Essa proteção por meio de um Estado eficaz inclui ainda dispor dos instrumentos internacionais de proteção a direitos humanos.

Em relação às obrigações pertinentes a cada um dos direitos protegidos, os Estados-Partes nos tratados internacionais contraem a obrigação de organizar o poder público para garantir a todas as pessoas sob sua jurisdição o livre e pleno exercício de tais direitos. Tal aceitação implica no reconhecimento da premissa básica de que a tarefa de proteção aos direitos humanos não se esgota, não pode se esgotar na ação do Estado. No âmbito do judiciário as sentenças nacionais devem tomar conta às disposições convencionais dos Tratados de direitos humanos que vinculam o país em questão.²¹¹ A Organização das Nações Unidas prima pela proteção desses direitos e busca desenvolver essa concepção universalmente sem restrições. A universalidade de direitos humanos encontra-se localizada no fato de ser um processo constante

²⁰⁹ ARIOSI, Mariângela. *Conflitos entre Tratados Internacionais e Leis Internas: O judiciário brasileiro e a nova ordem constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.107.

²¹⁰ MULLER, Frederich. *Quem é o povo ? a questão fundamental da democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1998.p.73.

²¹¹ TRINDADE, Antonio A. Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto a proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo e ARAUJO, Nadia. *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. pp. 32 e 50.

de incorporação dos direitos adquiridos no âmbito das liberdades individuais, da igualdade política, e da igualdade social, ou seja, uma continua luta pela sua ampliação.²¹²

Os direitos do homem – do ser humano - são direitos inalienáveis de todos os seres humanos, independente de sua nacionalidade, lugar de residência, sexo, origem étnica ou nacional, cor, religião, língua ou qualquer outra condição. Todos têm o direito de exercer tais direitos humanos sem discriminação e com base na legalidade. Esses direitos estão intimamente ligados, independentemente e indivisíveis. Estão tais direitos freqüentemente inseridos e garantidos pela lei, sobre forma de tratados, de direito costumeiro internacional, de princípios gerais e outras fontes de direito internacional. A legislação internacional sobre direitos humanos estipula que os governos devem agir de certa maneira ou renunciar a certos atos objetivando promover e proteger direitos e liberdades fundamentais de pessoas ou grupos. O principio da universalidade dos direitos do ser humano é a pedra angular da legislação internacional dos direitos humanos. O principio, proclamado pela primeira vez na Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948, foi reiterado em várias convenções, declarações e resoluções. A Conferência mundial de Viena sobre os direitos humanos de 1993 ressaltou, por exemplo, que os Estados tem por dever promover e proteger todos os direitos humanos e todas as liberdades fundamentais, independente do sistema político, econômico ou cultural.[...] ²¹³

A Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas – CDH - é responsável por responder a diversas demandas por direitos humanos ao redor do globo, estabelecendo padrões de conduta para guiar a ação dos Estados e funcionando como um fórum global de debates, no qual se reúnem não só países, mas também ONGs, grupos de interesse da sociedade civil, em torno de direitos humanos.²¹⁴

²¹² MONDAINI. *Direitos Humanos*. São Paulo: Editora Contexto, 2006. p. 13.

²¹³ Texto original extraído do site oficial da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas. Esta, criada em 1946, representou tal comissão o marco jurídico fundamental da comunidade internacional para a questão dos direitos do homem – direito do ser humano. *In: <http://www.ohchr.org/FR/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>. Les droits de l'homme sont les droits inaliénables de tous les êtres humains, quels que soient leur nationalité, lieu de résidence, sexe, origine ethnique ou nationale, couleur, religion, langue ou toute autre condition. Nous avons tous le droit d'exercer nos droits de l'homme sans discrimination et sur un pied d'égalité. Ces droits sont intimement liés, interdépendants et indivisibles. Les droits de l'homme universels sont souvent reflétés dans et garantis par la loi, sous forme de traités, de droit coutumier international, de principes généraux et autres sources de droit international. La législation internationale sur les droits de l'homme stipule que les gouvernements sont tenus d'agir d'une certaine manière ou de renoncer à certains actes afin de promouvoir et protéger les droits et les libertés fondamentales de certaines personnes ou groupes. Le principe de l'universalité des droits de l'homme est la pierre angulaire de la législation internationale des droits de l'homme. Le principe, proclamé pour la première fois dans la Déclaration universelle des droits de l'homme en 1948, a été réitéré dans de nombreuses conventions, déclarations et résolutions. La Conférence mondiale de Vienne sur les droits de l'homme de 1993 a noté, par exemple, que les Etats ont pour devoir de promouvoir et protéger tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales, quel que soit le système politique, économique ou culturel.*

²¹⁴ LASMAR, Jorge Mascarenhas e PAIXÃO E CASARÕES, Guilherme Stolle. *A organização das Nações Unidas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p.58.

Focando o direcionamento do Direito Internacional – através de seus instrumentos no âmbito penal - como forma de efetivação de ações pelos Estados para proteção de direitos humanos, entendido como primazia da dignidade da pessoa humana, surge um Tribunal Penal Internacional permanente. Apesar de caber aos Estados julgar seus nacionais pela prática de crimes internacionais, demonstrando assim eficácia no tocante a proteção desses direitos, detém o TPI o caráter complementar podendo agir – julgar - quando os Estados não o fazem ou não podem fazê-lo. Entendimento principal externado pelo Estatuto de Roma é o de que cabe ao Estado julgar seu nacional, promovendo assim efetiva prestação jurisdicional, e ainda, mantendo um sistema preventivo, visando evitar violações a direitos humanos a exemplo das barbáries do início do século XX.²¹⁵

Aos Estado compete a efetiva atenção às questões de direitos humanos. No tocante ao tema em comento nesse trabalho, converge para o Estado a responsabilidade de atuação eficaz na prestação jurisdicional quanto a processar e julgar, fortalecendo o mecanismo de prevenção à ocorrência de crimes internacionais em âmbito interno. A implementação do Estatuto de Roma no âmbito normativo interno do Estado demonstra de logo o interesse estatal de agir diante de crimes dessa natureza, e ainda, a inserção desse Estado no sistema internacional de proteção de direitos humanos.

5.2 A complementariedade do TPI diante do Estado ineficaz na proteção de Direitos Humanos

A complementariedade no tocante a atuação do TPI apresenta-se como um dos princípios – no sentido de norma elementar ou requisito primordial instituído como base – no sentido mais relevante, ou seja, razão fundamental²¹⁶. Levando em consideração a relevância

²¹⁵ A segunda grande guerra, que ensangüentou a Europa entre 1939 a 1945, ficou marcada na consciência mundial por apresentar o ser humano como algo simplesmente descartável, destituído de dignidade e direitos. O principal legado do Holocausto para a internacionalização dos direitos humanos, consistiu na preocupação que gerou no mundo pós-segunda guerra acerca da falta de uma arquitetura de proteção de direitos humanos, com vistas a impedir que atrocidades daquela monta viessem a ocorrer. O pós guerra é tido como período de resgate da cidadania mundial – ou reconstrução dos direitos humanos. MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. *Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro*. 2005, p.23.

²¹⁶ PRINCÍPIOS. No sentido notadamente plural, significa as *normas elementares* ou *requisitos primordiais* instituídos como *base*, como *alicerce* de alguma coisa. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 1999, p. 639.

dos princípios, o Estatuto do TPI dedica um capítulo aos princípios gerais de direito penal, dentre os quais se destacam: princípio da responsabilidade penal internacional individual, princípio da legalidade, princípio do *ne bis in idem*, princípio da irretroatividade e da imprescritibilidade, princípio da irrelevância da função de oficial e o princípio da complementaridade.²¹⁷ Graças ao ER/1998 esse novo TPI vai coadjuvar com os Estados na persecução dos crimes mais graves para a comunidade internacional em seu conjunto.²¹⁸

Antes de um maior aprofundamento acerca do proposto no presente ponto, há de se discorrer sobre alguns princípios, no entanto, ênfase maior será dada ao princípio da complementariedade quando do enfoque a sua aplicabilidade diante do Estado que deixa de proteger direitos humanos no exercício da jurisdição internacional. Tal ausência de proteção pode ser verificada pela incapacidade ou não desejo de processar e julgar ou quando o caso for de tamanha gravidade que justifica a interferência da jurisdição do Tribunal.

A consagração do **princípio da responsabilidade penal internacional individual** no Estatuto do TPI, atribuindo conseqüências internacionais aos atos delitivos da pessoa individualmente considerada, representa uma das maiores virtudes desse estatuto. Assim, o art 25 do ER/998 explicita a inserção de tal princípio em seu texto declarando o Tribunal competente para julgar pessoas singulares de modo que quem cometer um crime de sua competência será considerado individualmente responsável.²¹⁹

O Estatuto determina ainda a responsabilização e conseqüente possibilidade de punição contra aqueles que de alguma forma contribui para que o crime venha a ser consumado ou

²¹⁷ Capítulo 3 do Estatuto de Roma: arts. 22 a 33.

²¹⁸ ESPINOSA, Juan Francisco Escudero. *La Corte Penal Internacional y el Consejo de Seguridad. Hacia la paz por la justicia*. Madri: Dilex, 2004. p.115.

²¹⁹ Nos termos do art. 25 do Estatuto do TPI, essa contribuição deverá ser intencional e ocorrer: 1) Com o propósito de levar a cabo a atividade ou o objeto criminal do grupo, quando um ou outro impliquem a prática de um crime de competência do Tribunal; ou ii) Com o conhecimento que o grupo tem a intenção de cometer o crime; e) No caso de crime de genocídio, incitar, direta e publicamente, à sua prática; f) Tentar cometer o crime mediante atos que contribuam substancialmente para sua execução, ainda que não se venha a consumir devido a circunstâncias alheias à sua vontade. LIMA, Renata Mantovani de. *O Tribunal Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 88.

praticado.²²⁰ O Art. 28, por sua vez, aborda a responsabilidade dos chefes militares e outros superiores hierárquicos, estabelecendo que o chefe militar, ou a pessoa que atue efetivamente como chefe militar, será criminalmente responsável pelos 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. A responsabilidade do indivíduo, ainda que inserida no estatuto do TPI, é algo novo, ainda não está terminado, mas em evolução, de modo que apresenta ainda certas lacunas e contradições e depende da vontade dos Estados. Aplicar conceitos e categorias próprios dos direitos penais nacionais para o plano internacional pode mostrar-se problemática. Afinal, enquanto alguns conceitos enfocam a proteção de interesses internos, outros já respondem verdadeiramente às exigências universais e à proteção de interesses da comunidade internacional em seu conjunto. Resta, então, complicada a tarefa de estabelecer uma unidade de conceito.²²¹

O princípio da legalidade constitui uma efetiva limitação do poder punitivo, confinando sua aplicação em limites que excluam toda arbitrariedade e excesso de poder.²²² Esse reconhecimento do princípio da legalidade como fundamental para o Direito Penal foi alcançado por intermédio de um longo processo, com avanços e recuos. Após a Segunda Guerra Mundial o princípio foi reconhecido em diversos documentos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos do homem, a Convenção Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a Convenção Européia sobre Direitos Humanos.²²³ Hoje, o princípio universalizou-se, sendo encontrado nos mais diversos ordenamentos jurídicos de todo o mundo. No Brasil, por exemplo, foi incluído em todas as Constituições e em todos os Códigos Penais, desde o Império.²²⁴

²²⁰ Conforme o art. 30 (1): “Salvo disposição em contrário, nenhuma pessoa poderá ser criminalmente responsável e punida por um crime da competência do Tribunal, a menos que atue com vontade de o cometer e conhecimento dos seus elementos materiais”. O Estatuto determina a responsabilização e possibilidade de punição de quem: a) cometer esse crime individualmente ou em conjunto ou por intermédio de outrem, quer essa pessoa seja ou não criminalmente responsável; b) ordenar, provocar ou instigar à prática desse crime, sob forma consumada ou sob a forma de tentativa, c) com o propósito de facilitar a prática desse crime, for cúmplice ou encobridor, ou colaborar de algum modo na prática ou na tentativa de prática do crime, nomeadamente pelo fornecimento dos meios para a sua prática do crime, nomeadamente pelo fornecimento dos meios para a sua prática; d) contribuir de alguma outra forma para a prática ou tentativa de prática do crime por um grupo de pessoas que tenha um objetivo comum.

²²¹ LIMA, Renata Mantovani de. *O Tribunal Penal Internacional*. 2006, pp. 89 e 90

²²² BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2002. p.10.

²²³ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional*. 2004. p.155.

²²⁴ *Idem.*, p. 149.

Especificamente, o princípio *nullum crimen* encontra-se contemplado nos arts. 22 e 24, os quais estabelecem que uma pessoa somente pode ser punida por um ato que era codificado pelo Estatuto ao tempo de sua comissão (*lex scripta*), ou que tenha sido cometido após ele ter entrado em vigor (*lex praevia*), ou que tenha sido definido com clareza suficiente (*lex certa*), e não pode ser estendido por analogia (*lex stricta*). Enquanto os dois últimos princípios apontados (de certeza e proibição da analogia) norteiam a solução de ambigüidade em favor do acusado, os dois primeiros princípios (da escrita e da não retroatividade) possibilitam ao suspeito o direito de basear-se na lei que estava codificada e era válida ao tempo d comissão. Caso haja mudança de lei antes do julgamento final, a lei mais favorável ao acusado deve ser aplicada. [...] ²²⁵

O princípio do *ne bis in idem* orienta a solução de conflitos de leis penais no espaço de modo a proibir a dupla punição pelo mesmo fato. Nesse sentido, entende-se portanto que, onde quer que certo condenado tenha cumprido pena pela prática de determinado crime, ele não se submeterá à nova limitação de seus direitos devido à prática daquele mesmo crime. Não pode haver assim dupla limitação de direitos pelo mesmo fato delituoso. Dessa forma, de acordo com a previsão do art. 20 (2) do Estatuto do TPI “ninguém pode ser julgado por uma outra jurisdição por um crime previsto no artigo 5 (crime de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão), pelo qual ele já tenha sido condenado ou absolvido pela Corte”. Isso denota que, em regra, a sentença do Tribunal esgota o litígio no campo internacional e interno.

Há, no entanto, possibilidade de ser alguém julgado novamente ainda que tenha sido tal pessoa julgada anteriormente por outra jurisdição.²²⁶ Essa possibilidade apresentada nos dispositivos tem como finalidade impedir que pessoa responsável por crimes internacionais descritos no Estatuto não venha a ser responsabilizada criminalmente. Tal subtração do indivíduo a sua responsabilidade penal, ou ainda, a não condução do processo com imparcialidade, seria uma demonstração da não realização de justiça pelo Estado, ausência da prestação jurisdicional e por conseqüência deixa-se de concretizar direitos humanos, seja pelo sentimento de justiça na punição de criminosos, seja pelo sistema de prevenção de ocorrência

²²⁵ LIMA, Renata Mantovani de. *O Tribunal Penal Internacional*. 2006, p. 97.

²²⁶ O próprio Estatuto de Roma prevê hipóteses em que o TPI poderá julgar novamente pessoas que já tenham sido anteriormente julgadas por uma outra jurisdição, quais sejam: a) Tiver por objetivo subtrair o indivíduo de sua responsabilidade penal; b) Não for, de resto, conduzida de maneira independente ou imparcial, conforme o direito internacional, mas de uma maneira que, nas circunstâncias, desmentia a intenção de encaminhar o interessado à justiça, conforme disposto nos arts. 1 e 5 do Estatuto de Roma.

de condutas criminosas descritas no Estatuto. Estaria nesse contexto o Estado agindo de forma ineficaz na proteção de direitos humanos, o que se coaduna com o disposto no art. 17 do ER/1998.

Encontra-se disposto no Estatuto do TPI o **princípio da irretroatividade da lei penal**. Em seu art. 24, inciso I, dispõe “ nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, perante o presente Estatuto, por uma conduta anterior à entrada em vigor do presente Estatuto”. Havendo conflito de leis penais no tempo, prevalece a *irretroatividade*, gerando assim segurança baseada no princípio da legalidade. É a partir da entrada em vigor de uma lei e durante sua vigência que tem validade todos os atos abrangidos, para os quais ela foi criada. Nesse contexto, a lei penal nem retroagem nem tem ultratividade. Temos assim o princípio do *tempus regit actum* ou irretroatividade.

A **imprescritibilidade** é princípio que se acha inserido no art. art. 29, onde se observa que os crimes da competência do Tribunal não prescrevem. O fundamento para tanto baseia-se na gravidade dos crimes elencados como internacionais no mencionado Estatuto. Determinar previamente um tempo necessário para o término de todo processo voltado a aplicação da sanção penal para crimes tão gravosos e complexos torna-se tarefa quase impossível.

O ER/1998 fez constar em seu texto o **princípio da irrelevância da função oficial**, impedindo assim que comandantes, superiores hierárquicos ficassem a quem da responsabilidade pela prática de crimes internacionais nele elencados. É assim irrelevante saber se agiram ou não em nome do Estado de origem, bem como a função oficial que ocupam. Dispõe o art. 27 do Estatuto que este será aplicado igualmente a todos e sem distinção alguma baseada na qualidade de oficial.

As normas de imunidades ou de procedimentos especiais não eximirão a pessoa da responsabilidade criminal nem mesmo serão causa de diminuição de pena. Conclui-se então, que o Estatuto do TPI reproduz a conquista do Estatuto de Nuremberg, assegurando a irrelevância da qualidade de oficial. Dessa forma, as imunidades ou normas de procedimento especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa, nos termos do direito interno ou do direito internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa. Acrescenta-se, ainda, que a disposição da responsabilidade penal individual em nada afeta a responsabilidade dos Estados, de acordo com o Direito Internacional. [...] ²²⁷

²²⁷ LIMA, Renata Mantovani de. *O Tribunal Penal Internacional*. 2006, p.100.

Os crimes da competência material do TPI são quase sempre cometidos por indivíduos que se utilizam, indevidamente, de privilégios e imunidades conferidos por seus ordenamentos jurídicos internos. Por essa razão, não poderia restar impedimento ao Tribunal para que este exercesse sua atividade jurisdicional. Aceitar imunidades seria ir de encontro a todo um conjunto de ações que a comunidade internacional vem desenvolvendo visando evitar ocorrência de crimes internacionais contra a dignidade, bem como punir aqueles que venham a cometê-los.²²⁸

Dentre os princípios elencados e que se acham inseridos no Estatuto de Roma, importa observar com atenção o **princípio da complementariedade**.²²⁹ Tal princípio aplica-se tanto no tocante ao Estados partes como aos Estados que não são partes, ou seja, não aderiram ao Estatuto, ou seja, a jurisdição do TPI. Nesse sentido, o Tribunal Penal Internacional está autorizado a exercer jurisdição nas seguintes situações: (1) O Estado em que o crime está sendo processado mostra-se incapaz ou não desejoso de processar e julgar; quando (2) O caso for de tamanha gravidade que justifica o exercício da jurisdição do Tribunal. O tribunal baseia-se, portanto, no princípio da complementariedade, segundo o qual o Tribunal não substitui os tribunais nacionais, pelo contrário, só atuará subsidiariamente às cortes nacionais, uma vez que essas possuem prioridade no exercício da jurisdição, e ainda, torna-se mais acessível a investigação pelo próprio Estado no qual o crime ocorreu. Outro ponto importante é o da busca pelo fortalecimento ou proteção das soberanias estatais. Pode assim cada Estado desativar a competência do TPI tomando para si a persecução penal. Destaque-se que este foi um dos fatores responsáveis pelo elevado grau de aceitação do Estatuto de Roma.²³⁰

O mecanismo da complementariedade faz com que o TPI tenha uma estrutura limitada, não podendo ficar a seu cargo a responsabilidade da maioria dos casos de crimes a serem julgados. Somente na ocorrência de casos excepcionais é que há de se buscar o Tribunal, cabendo às cortes nacionais julgar os casos em geral. Ao contrário do que se ocorreu nos

²²⁸ Idem. p.100.

²²⁹ Em diversos dispositivos do Estatuto de Roma se vê inserido o princípio da complementariedade: no parágrafo 11 do preâmbulo, bem como nos artigos 1, 15, e 17 ao 19.

²³⁰ LIMA, Renata Montovani de. *O Tribunal Penal Internacional*. p.91.

tribunais *ad hoc*, o TPI não tem primazia sobre os tribunais nacionais, mas intervém na sua ausência deliberada ou em caso de falência da sua atuação.²³¹

No caso do Estado ineficaz na proteção de direitos humanos, destacado nesse trabalho, importa frisar que tal ineficácia abrange a impossibilidade de processar e julgar o delinqüente por falta de estrutura, e ainda, pelo não desejo de realizar a persecução criminal. Nesse contexto, é gerada assim a cultura da impunidade e conseqüentemente não se previne nova ocorrência. Mas essa ação subsidiária do TPI para tais casos não pode ser tratada como intervenção a soberania do Estado a quem caberia realizar de modo eficaz o processamento. Essa ação representa sim o início do desenvolvimento de uma jurisdição internacional.

Nesse sentido, o princípio da complementariedade significa uma conquista, mas não pode ele ser transformado ou pensado como sendo uma armadilha contra os Estados. A Justiça internacional penal tem como dilema acabar com a lacuna existente entre as soberanias estatais e a autoridade do TPI, daí o porquê da necessidade da uma discussão já existente acerca do alargamento das jurisdições universais. A progressiva tendência das legislações nacionais em atribuir-se competência para investigar e processar as pessoas suspeitas de cometimentos de crimes internacionais reflete o princípio da jurisdição universal. Tal princípio é regra do direito internacional contemporâneo, facultando, e em alguns casos, obrigando os Estados a exercerem sua jurisdição sobre as pessoas suspeitas de haver cometido determinados crimes internacionais, independentemente do lugar em que tenham sido cometidos, de os suspeitos ou as vítimas não serem nacionais seus ou de os crimes não terem representado uma ameaça direta aos interesses concreto do Estado em matéria de segurança. Permite-se ao juiz nacional conhecer feitos, mesmo que não tenha com eles nexos jurisdicionais.²³²

²³¹ MOREIRA, Vital., ASSUNÇÃO, Leonor e outros. *O Tribunal Penal Internacional e a ordem jurídica portuguesa*. Portugal, 2004. p. 171.

²³² LIMA, Renata Montovani de. *O Tribunal Penal Internacional*. 2006, p. 92.

5.3 Incapacidade do Estado na persecução criminal

A incapacidade de um Estado no tocante a proceder à ação penal pode ser observada quando, *devido ao colapso substancial ou total à disponibilidade do sistema judicial nacional, é incapaz de obter o acusado, a prova ou os testemunhos necessários, ou está de qualquer forma incapacitado de levar o processo adiante.*²³³ Nesse sentido, torna-se admissível a atuação da Corte em comento para que se julgue o caso. É assim aplicada complementarmente a jurisdição internacional penal. Não seria possível imaginar situação de ocorrência de crimes nefastos a humanidade deixando-se de julgar os responsáveis devido a incapacidade para fazê-lo por parte de algum Estado. Ressalte-se que não são vítimas apenas pessoas ou grupos atingidos. A realidade dessa agressão vai mais além, toda comunidade internacional é atingida pelos reflexos, onde se constata a não punição e não prevenção no que toca a novas ocorrências. O repúdio da comunidade internacional a tudo isso foi comprovado pela aderência do Estatuto, verificando-se atualmente participação efetiva de 105 países.²³⁴

Em relação ao princípio da complementariedade, é necessário referir-se presentes no Estatuto os critérios relativos a << transcendência para a comunidade internacional em seu conjunto >> e a << gravidade >> dos crimes reconhecidos, como uma manifestação concreta da aplicação do dito princípio. Esta inclusão se deriva do consenso existente durante todo o processo de elaboração do Estatuto acerca da necessidade de que a competência material da Corte se ajustasse a estes critérios. De fato, todos os crimes reconhecidos tem em comum constituir atentados de tal magnitude contra a dignidade do ser humano, que transcendem as próprias vítimas individuais para afetar a comunidade internacional em seu conjunto. [...] ²³⁵

Cabe aos Estados desenvolver de maneira eficaz o processo e julgamento de autores de crimes internacionais. Essa eficácia passa pela legitimidade e legalidade para que o Estado realize a prestação jurisdicional. Os procedimentos juridicamente organizados fazem parte dos

²³³ Art. 17º., nº 3 do Estatuto de Roma. p. 59.

²³⁴ Vide site oficial do TPI <<http://www.icc-cpi>>

²³⁵ “*Em relación com el principio de complementariedad, es necesario referirse a la inclusión en el Estatuto de los criterios relativos a la << transcendência para la comunidad internacional em su conjunto >> y la << gravidad >> de los crímenes recogidos, como una manifestación concreta de la aplicación de dicho principio. Esta inclusión se deriva del consenso existente durante todo el proceso de elaboración del Estatuto acerca de la necesidad de que la competencia material de la Corte se ajustasse a estos criterios.*(p.113-114) *Em efecto, todos los crímenes recogidos tienen en común constituir atentados de tal magnitud contra la dignidad del ser humano, que trascenden a las propias víctimas individuales para afectar a la comunidad internacional em su conjunto*”. DELGADO, Lirola Isabel e MARTINÉZ, Magdalena M. Martín. La corte penal internacional. 2001, pp. 113 a 115.

atributos mais extraordinários das sociedades modernas, porém, no tocante às decisões adquirem um significado semi-indefinido, difícil de avaliar.²³⁶ Considerando a necessidade da atividade jurisdicional efetiva e não evitada de imperfeições ou impossibilidades, o Estatuto do TPI previu poder o tribunal vir a atuar diante do Estado que não processa e julga de modo a dar uma resposta à comunidade internacional. Não se admite a impossibilidade, a falta de vontade ou ineficácia. Inadmissível assim a impunidade. Frise-se que os crimes em comento no ER / 1998 são os mais graves contra a humanidade e esta em muito evoluiu, estabelecendo critérios de efetivação de direitos humanos via instrumentos internacionais.

Nas duas últimas décadas do Século XX modificações significativas foram observadas em relação a comunidade internacional e percebemos reflexos diretos em relação ao Direito internacional contemporâneo, com ocorrência de mudanças sociais e de modo importante na configuração da busca pela manutenção paz e segurança internacionais. Em referência direta a criação de um TPI, pode-se afirmar que os Estados já se inclinavam por dar início a um caminho de aceitação da jurisdição universal com o fim de lutar contra a impunidade dos autores dos mais graves crimes contra a humanidade, dando-se relevância a jurisdição penal internacional desse tribunal, representando um marco da nova ordem do século XXI.²³⁷ Essa tendência voltada para se evitar a impunibilidade dos autores de crimes internacionais dissemina um processo evolutivo, ainda que de forma lenta, mas progressivo em relação a se estabelecer internacionalmente consciência e concretização de direitos humanos. Nota-se que ao ser o Estado definido como incapaz, estar-se diante de um quadro nunca antes imaginado, ou seja, abre-se mão da soberania antes tida como absoluta e se transmite a corte penal internacional a função de julgar.

Notadamente, diante da observação de todo um quadro de valores pertinentes a existência humana, não se pode pensar o TPI unicamente sob o aspecto da punição de responsáveis por crimes. Embora tenha também esse fim – punir – há de ser considerado tal tribunal como mais um instrumento precípuo de concretização de justiça e principalmente de

²³⁶ LUHMANN. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p.17.

²³⁷ LLORENS. Jorge Cardona. *La Corte Penal Internacional em el marco de la creación del orden internacional em materia de mantenimiento de la paz del siglo XXI*. In: COLOMER, Juan Luis. CUSSAC, José Luis e LORÉNS, Jorge Cardona. *La Corte Penal Internacional. Un estudio interdisciplinar*. Valência, Espanha. 2003, pp.89 e 90.

prevenção. Evitar novas ocorrências de crimes tão gravosos a humanidade, que ocorreram e ocorrem, é valorar o ser humano na sua essência, esta entendida como dignidade da pessoa humana que deve ser protegida em todos os sentidos.

Assim, não podemos reduzir o Estatuto de Roma a um conjunto de regras instituidoras de uma Corte internacional permanente. Pelo contrário, desde seu preâmbulo, o Estatuto faz menção a uma missão de proteção às vítimas de graves atrocidades, que têm o direito a exigir justiça. Como estabelece o preâmbulo, os Estados reconhecem que, neste século, milhões de crianças, mulheres e homens têm sido vítimas de atrocidades inimagináveis que chocam profundamente a consciência da humanidade. E mais, reconhecem os Estados que o combate a impunidade contribui à prevenção destas atrocidades, no clássico efeito preventivo da repressão penal. [...] ²³⁸

Importa destacar que os crimes descritos no ER/1998 protegem bens jurídicos considerados, por seu turno, direitos humanos mencionados em diversos textos internacionais. O genocídio (direito a vida), os crimes contra a humanidade (direitos humanos diversos, tais como vida, integridade física e outros), crimes de guerra (o mesmo do anterior), bem como o crime de agressão, que viola o direito à autodeterminação dos povos. Daí, a atividade de investigar e punir é hoje consagrada por vários textos internacionais de direitos humanos como dever fundamental do Estado e necessária a prevenção de crimes contra os direitos humanos. Evita-se assim a certeza da impunidade.²³⁹ Os instrumentos jurídicos internos aplicados pelos Estados efetivamente a caso de crimes internacionais punem os criminosos e previne ocorrência de outros eventos. Protegem-se assim direitos humanos, ou seja, direitos fundamentais. Esses direitos fundamentais orientam a atuação do Estado, detendo uma dimensão objetiva que constitui um comando dirigido ao Estado no sentido de proteger direitos, o que implica além de medidas concretas visando efetivá-los, a atividade legislativa destinada a desenvolvê-los e promovê-los.²⁴⁰

O Estatuto do Tribunal Penal Internacional, ratificado por 105 países, faz parte de um processo de proteção universal de direitos humanos que teve início com Declaração Universal

²³⁸ CHOUKR, Fauzi Hassan e AMBOS, Kai. *Tribunal penal internacional*. 2000, p.255.

²³⁹ Idem. p.256-258.

²⁴⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 77.

de Direitos Humanos de 1948.²⁴¹ Importa destacar que o Estatuto do TPI visa proteção de direitos humanos. Os tratados de direitos humanos criam obrigações objetivas visando proteção de direitos fundamentais²⁴² da pessoa humana. Tal característica faz com que as normas internacionais de direitos humanos possuam *natureza objetiva*, o que implica em reconhecer que sua interpretação não deve ser feita em prol dos contratantes (Estados), mas sim, em prol dos indivíduos.²⁴³

O objetivo dos tratados de direitos humanos é a *proteção de direitos dos seres humanos* diante do Estado de origem ou diante de outro Estado contraente, sem levar em consideração a nacionalidade, opção política, credo, entre outros, do indivíduo. [...] ²⁴⁴

O Estado, contratante de um tratado multilateral de direitos humanos, assume várias obrigações para com os indivíduos e não para com outro Estado contratante, criando o chamado regime objetivo das normas de direitos humanos. Assim, os tratados de direitos humanos não são tratados multilaterais tradicionais, concluídos para a troca recíproca de benefícios entre Estados contratantes. Seu objetivo é *a proteção dos direitos humanos*, gerando pra isso uma *ordem legal internacional que visa beneficiar, acima de tudo, o indivíduo*.²⁴⁵

Os Estados aderentes do Estatuto do TPI acataram o conjunto de normas ali inseridas, direcionadas a proteção de direitos humanos, tomaram ciência do caráter complementar do Tribunal e da necessidade que tem os Estados de serem eficazes na prestação jurisdicional interna. Esta se concretiza com o julgamento de responsáveis pelos crimes elencados no Estatuto, e ainda, mantém um mecanismo de prevenção visando evitar novas ocorrências. Cada

²⁴¹ Diante do disposto no art. VI da Convenção para Proteção ao Crime de Genocídio, podemos perceber que há, desde 1948, esforços por parte da ONU, no sentido de criar uma Corte Internacional, o que só veio a se tornar realidade, no que concerne a uma Corte Permanente Internacional, em 01.07.2002, com a ratificação de nº 60. GUERRA, Bernardo pereira de Lucena Rodrigues. *Direito internacional dos direitos humanos*. Curitiba, 2006.

²⁴² Os direitos fundamentais da pessoa humana pode ser definido numa primeira dimensão como direitos que se relevam especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista, a exemplo do direito à vida, à liberdade e a igualdade perante a lei. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.54. Essa teoria de dimensões de direitos é criticada por Cançado Trindade que defende a indivisibilidade de todos os direitos humanos, destacando o direito ao desenvolvimento dos seres humanos e dos povos. TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Direito das Organizações Internacionais*. 2ªed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.412.

²⁴³ RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade Internacional por violação de Direitos humanos*. Rio de Janeiro, 2004. p. 36.

²⁴⁴ *Idem.*, p.37.

²⁴⁵ *Idem.*, p.37.

Estado possui assim, ao aderir ao Estatuto de Roma, interesse na proteção do ser humano evitando-se o horror que é produzido pelos crimes internacionais dispostos no Estatuto. Não se trata de interesse próprio apenas daquele Estado aderente, mas de interesse comum a vários Estados.

Em razão do art. 17²⁴⁶ do Estatuto do TPI, que dispõe das situações de complementariedade, uma vez apresentando-se o Estado ineficaz para cumprir com a atividade jurisdicional, caberá ao Tribunal valorar as situações, podendo tomar para si o caso em concreto e levá-lo julgamento por essa Corte. Os Estados devem primar pela manutenção de estruturas capazes de julgar, prevenir e contribuir para manutenção de um sistema visando proteger o ser humano. Aos Estados cabe o dever de criar estruturas que previnam a ocorrência de violações a direitos protegidos, ou seja, os Estados comprometeram-se a estabelecer um amplo *arcabouço institucional* no qual os direitos humanos possam florescer.”²⁴⁷

Os Estados, em face dos tratados internacionais de direitos humanos, devem obrigações de respeito e garantia no tocante a tais direitos. Como exemplo, cite-se o art. 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos que estabelece que o Estado fica obrigado a *zelar pelo respeito* dos direitos humanos reconhecidos e de *garantir o exercício* dos mesmos por parte de toda pessoa que é sujeita à sua jurisdição. Essa obrigação de garantia consiste na organização, pelo Estado, de estruturas e procedimentos capazes de prevenir, investigar, e mesmo punir toda violação, pública ou privada, dos direitos fundamentais da pessoa humana.²⁴⁸

Esse mesmo Estado que deixa de manter uma estrutura que permita ou evite ocorrência de crimes, pois não investiga, não julga, fica a margem da manutenção de um sistema internacional que cria instrumentos e visa manutenção de garantias ao ser humano. É por assim dizer um Estado ineficaz. Na conjuntura da ordem normativa constante do Estatuto de Roma, se

²⁴⁶ No art. 17 do Estatuto de Roma, ao que toca questões de admissibilidade da atuação do Tribunal, encontram-se dispostos nas letras: a)...Estado genuinamente não seja capaz ou não esteja disposto a levar a cabo a investigação ou o processo; b)... falta de disposição do referido Estado de levar a cabo o processo ou da impossibilidade de fazê-lo; c)...o Tribunal não puder promover o processo, de acordo com o parágrafo 3º do art. 20. (subtração do acusado da responsabilidade penal; ausência de independência ou imparcialidade nos procedimentos)

²⁴⁷ RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade Internacional por violação de Direitos humanos. Rio de Janeiro, 2004. p.42.

²⁴⁸ *Idem.*, pp. 40 e 41.

faz necessário assim atuação do caráter complementar do TPI. Aos olhos desse tribunal e com escopo no Estatuto, prima-se pela não violação a direitos humanos, sendo inadmissível a impunidade de quem tenha sido responsável pelos crimes que se busca reprimir.

É imprescindível aos Estados a busca efetiva pela concretização de direitos humanos. O respeito e a igualdade entre todos os seres humanos no tocante a direitos fundamentais é o resultado de um processo de gradual eliminação de discriminações, de unificação daquilo que ia sendo reconhecido como idêntico: uma natureza comum do homem acima de qualquer diferença de sexo, raça, religião etc.²⁴⁹ Pode-se afirmar que essa concretização de direitos humanos abrange efetivamente o Estado de direito, seja na ordem internacional como na ordem interna. O Estado é eficaz na proteção desses direitos quando dá condições de acesso a Justiça, a um Tribunal, promove a prestação jurisdicional de forma efetiva. Dar uma resposta à sociedade interna ou internacional em face de ocorrência de crimes internacionais significa concretizar e garantir direitos fundamentais, posto que responde a anseios da sociedade e forma uma consciência de justiça.

O tema *Estado de direito* conhece, desde algumas décadas, uma espantosa promoção, tanto no âmbito interno quanto no internacional. Pode-se caracterizar o Estado de direito por duas idéias essenciais: a primazia do direito e a garantia dos direitos fundamentais. Esses dois elementos constitutivos da noção de Estado de direito são garantidos pelo juiz. O direito de ação na justiça gira em torno de uma condição de Estado de direito.²⁵⁰ Nesse sentido, ao se fazer uma reflexão acerca do Estado na proteção de direitos humanos, pode-se concluir que o exercício eficaz das atividades dos órgãos estatais, do Judiciário, de Tribunais internos em um Estado reflete a garantia desse direitos fundamentais. Assim, a regra é que os Estados julguem de maneira eficaz os responsáveis por crimes internacionais, e o TPI por seu turno, permanece ativo, no entanto, em nível de subsidiário, complementar, somente agindo em situação excepcional, objetivando evitar a impunidade.²⁵¹ Há de se pensar ainda a questão do acesso à

²⁴⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política: A filosofia política e as lições dos clássicos*. 2000, p.492.

²⁵⁰ MILANO, Laure. *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*. Paris : Dalloz, 2006. p.59.

²⁵¹ A partir da evolução do sistema de proteção internacional dos direitos humanos tornou-se necessário prevenir e evitar conflitos entre jurisdições nacional e internacional, compatibilizando-se os dispositivos convencionais (internacionais) e de direito interno. Os procedimentos internacionais, nesse contexto, assumem um papel não

justiça por parte dos que figuram como vítimas nesses crimes, na garantia do acesso ao judiciário de determinado Estado, devendo-se considerar que não basta ação em juízo, mas sim conduta ativa do Estado, entrega da prestação jurisdicional. O acesso à justiça se apresenta como direito fundamental de todo ser humano.²⁵²

O TPI, criado para julgamento dos mais graves crimes internacionais, não se confunde com Cortes Internacionais de Direitos Humanos, mas que contribui para a jurisprudência internacional de direitos humanos ao analisar a responsabilidade internacional do indivíduo por violação aos direitos humanos. Consiste em um mecanismo coletivo de proteção de direitos humanos.²⁵³ Nessa linha, o Estatuto de Roma define um caráter complementar ao TPI visando evitar que Estados incapazes de realizar a persecução criminal deixem de promover a não concretização da justiça, gerando a impunidade de criminosos e conseqüentemente um desrespeito à dignidade da pessoa humana.

Apesar de o princípio da complementaridade presente na estrutura normativa do TPI trazer consigo potenciais riscos para a construção de um sistema jurídico global, uma harmonização do direito aplicável torna possível a superação das incertezas e da conseqüente impunidade. Além disso, não há que se cogitar a não adoção do princípio da complementaridade pelo TPI, pois devido à aceitação geral de tal fórmula nas mesas de negociação – ainda que a redação e o alcance tenham sido objeto de diversos debates - referido princípio representou um grande avanço ao permitir ao Estatuto do TPI tornar-se um documento amplamente aprazível.²⁵⁴ Mas, é imperativo salientar que o julgamento de determinados crimes por essa nova Corte deve atender ao “prévio esgotamento das vias

apenas subsidiário, mas também facultativo. O reconhecimento da competência dos órgãos internacionais para solução dos conflitos depende de ratificação específica da cláusula que os institui. Pode-se dizer, desta forma, que não há ainda hoje uma jurisdição internacional compulsória, pois a implementação dos direitos humanos e dos mecanismos de proteção no âmbito internacional passam pela gradual evolução da matéria, evolução das relações entre os países. PROCURADORIA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Direitos Humanos: Construção da Liberdade e Igualdade*. Série Estudos, nº 11. São Paulo: Centro de Estudos, 1998. p.171.

²⁵² ALBINO SAKO, Emilia Simeão. *Direitos Humanos e Acesso à Justiça*. In: RIBEIRO, Maria de Fátima e MANZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Estudos em homenagem à Professora Flávia Piovesan. Curitiba, 2006. p.127.

²⁵³ 55 RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro, 2005. pp.121-122.

²⁵⁴ LIMA, Renata Mantovani de; BRINA, Marina Martins da. *O Tribunal Penal Internacional*. Belo Horizonte, 2006. p. 95.

internas” como ensina a professora Flávia Piovesan, e uma vez atendidos os demais princípios pertinentes, há o fortalecimento dos direitos individuais da pessoa humana.²⁵⁵

Vários Estados no mundo há muito vêm buscando edificar uma jurisdição internacional permanente e reconhecidamente eficaz focando a manutenção dos direitos e liberdades que vão além do indivíduo, atingindo toda coletividade internacional que demanda respeito aos valores humanos. A demonstração dessa vontade restou clara como número de Estados que aderiram ao ER/1998.

5.4 Estados-partes do Estatuto de Roma

Após as atrocidades nazistas e com o estabelecimento de tribunais internacionais *ad hoc*s, a exemplo Tribunal de Nuremberg e Tribunal de Tóquio, o mundo assistiu um crescimento nunca antes visto em relação à internacionalização de direitos humanos²⁵⁶. A criação de um tribunal penal internacional significou resposta a antigo anseio da sociedade internacional, no sentido de estabelecer uma corte internacional criminal permanente. Uma instituição global, com competência para julgar os chamados crimes internacionais, entendendo-se como tais violações das obrigações essenciais para a manutenção da paz e segurança da sociedade internacional em seu conjunto. O Estatuto do TPI foi aprovado em 17.07.1998, por 120 Estados, conta apenas 7 votos contrários – Estados Unidos, Israel, China, Filipinas, Índia, Sri Lanka e Turquia – e 21 abstenções.²⁵⁷ Frises-se que EUA e Israel vieram a assinar o Estatuto em 31.12.2000, todavia, após os atentados terroristas de 11.09.2001, em Nova York e Washington, e ainda, após as operações de Guerra no Afeganistão e na Palestina, tornou-se inviável a ratificação, tendo ambos externado ao Secretário-Geral da ONU a não intenção de se tornarem partes no tratado.²⁵⁸

²⁵⁵ OLIVEIRA ROBALDO, José Carlos. *A (In) Compatibilidade do Direito Penal com os Direitos Humanos*. In: RIBEIRO, Maria de Fátima; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Estudos em homenagem à Professora Flávia Piovesan. Curitiba: Juruá, 2006. p.208.

²⁵⁶ Conforme tratado no primeiro capítulo desse trabalho.

²⁵⁷ MAZZUOLI, *op cit.*, p.34.

²⁵⁸ LIMA, Renata Mantovani de; BRINA, Marina Martins da. *O Tribunal Penal Internacional*. Belo Horizonte, 2006. p. 51.

A entrada em vigor do Estatuto exigia, com base no art. 126, a efetiva ratificação por 60 (sessenta) Estados. Em 11.04.2002, o Estatuto já contava com esse número e, em 1º de julho de 2002 entrou em vigor. Percebe-se, desde a aprovação que contou com participação de 120 Estados, a intenção da comunidade internacional voltada para existência de uma jurisdição penal internacional, capaz de agir na persecução criminal diante da ocorrência dos crimes elencados no Estatuto do TPI.²⁵⁹

Além de se firmar nos ideais de justiça e dentro da perspectiva internacional, o TPI será um tribunal permanente, capaz de investigar e julgar indivíduos acusados das mais graves violações de Direito Internacional Penal. De fato, a jurisdição do TPI não estará restrita a uma situação específica, pois possui ampla abrangência prevista no Estatuto, e, além disso, não será retroativa. [...]²⁶⁰

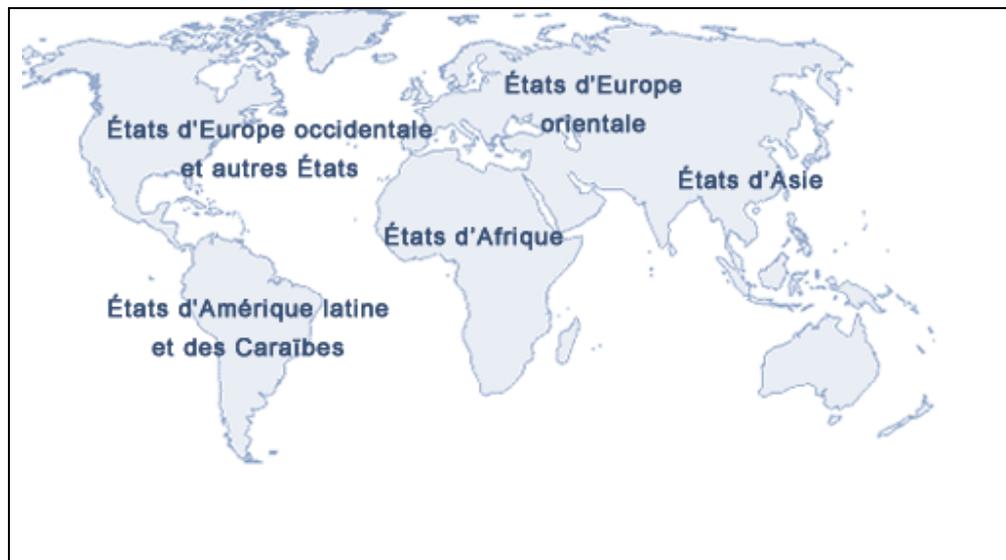
O conjunto de membros do Estatuto de Roma é formado por Estados da África, Ásia, Europa oriental e Europa ocidental, América Latina e Caribe. A situação precisa encontrada em 17 de outubro de 2007, conforme dados do próprio TPI indica **105 países que se apresentam como Estados membros do Estatuto de Roma e da Corte Penal Internacional**. Entre eles, 29 são membros do grupo dos Estados da África, 13 são dos Estados da Ásia, 16 são dos Estados da Europa oriental, 22 são dos Estados da América Latina e do Caribe, e 25 são membros do Grupo dos Estados da Europa ocidental e outros Estados.²⁶¹

Conforme dispõe a imagem abaixo, oriunda do site oficial do Tribunal Penal Internacional, em todos os continentes no mundo existem Estados aderente ao ER/1998, denominados assim de Estados-Partes.

²⁵⁹ MAZZUOLLI, *op cit.*, p.34.

²⁶⁰ LIMA, *op cit.*, p.54.

²⁶¹ Site oficial do TPI. Disponível a partir de: <http://www.icc-cpi.int> . Acesso em 20 fev.2008.



Fonte: site oficial do TPI: <http://www.icc-cpi>

Observa-se nesse contexto significativa participação da comunidade internacional no processo de efetivação de uma jurisdição penal internacional. Deduz-se, a partir da colaboração e ratificação dos países membros do ER /1998, que houve uma conscientização de que os povos estão unidos por laços comuns e que suas culturas configuram um patrimônio comum e observado com preocupação pois tal mosaico pode se romper a qualquer momento. Foi reconhecido ainda que os graves crimes que vitimaram milhões de crianças, mulheres e homens chocam profundamente a consciência da humanidade e que constituem uma ameaça da humanidade.

Na tabela a seguir encontram-se descritos cada um dos Estados-Partes no Estatuto de Roma e respectiva data de depósito do instrumento de ratificação. Vale ressaltar que se exigia a adesão de 60 países para formalizar a aprovação desse instrumento. Contam-se hoje 105 Estados-Partes que efetivamente ratificaram, numa demonstração de vontade em estabelecer uma Corte Penal Internacional. Nota-se ausência de alguns países, dentre eles os EUA. Sobre a ausência deste, trataremos mais adiante.

ESTADOS RATIFICANTES DO ESTATUTO DE ROMA

<u>ESTADOS DA ÁFRICA</u>	<u>ESTADOS DA EUROPA ORIENTAL</u>
<ol style="list-style-type: none"> 1. Burquina Faso, 30 novembro 1998 2. Senegal, 2 fevereiro 1999 3. Gana, 20 dezembro 1999 4. Mali, 16 agosto 2000 5. Lesoto, 6 setembro 2000 6. Botsuana, 8 setembro 2000 7. Serra Leoa, 15 setembro 2000 8. Gabão, 20 setembro 2000 9. África do Sul, 27 novembro 2000 10. Nigéria, 27 setembro 2001 11. República Central Africana, 3 outubro 2001 12. Benin, 22 janeiro 2002 13. Mauritània, 5 março 2002 14. República D. do Congo, 11 abril 2002 15. Nigéria, 11 abril 2002 16. Uganda, 14 junho 2002 17. Namíbia, 20 junho 2002 18. Gâmbia, 28 junho 2002 19. República-Unida da Tanzânia, 20 agosto 2002 20. Maláui, 9 setembro 2002 21. Djibuti, 5 novembro 2002 22. Zâmbia, 13 novembro 2002 23. Guiné, 14 julho 2003 24. Congo, 3 maio 2004 25. Burundi, 21 setembro 2004 26. Libéria, 22 setembro 2004 27. Kênia, 15 março 2005 28. Ilhas de Comores, 18 août 2006 29. Chad, 1 janeiro 2007 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Croácia, 21 maio 2001 2. Sérvia, 6 setembro 2001 3. Polónia, 12 novembro 2001 4. Hungria, 30 novembro 2001 5. Slovênia, 31 dezembro 2001 6. Estónia, 30 janeiro 2002 7. Ex-República Yugoslávia e Macêdonia, 6 março 2002 8. Bósnia-Herzegóvinia, 11 abril 2002 9. Bulgária, 11 abril 2002 10. Róménia, 11 abril 2002 11. Eslováquia, 11 abril 2002 12. Letónia, 28 junho 2002 13. Albânia, 31 janvier 2003 14. Lituânia, 12 maio 2003 15. Geórgia, 5 setembro 2003 16. Montenegro, 3 junho 2006 <p style="text-align: center;"><u>ESTADOS DA ÁSIA</u></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Fidji, 29 novembro 1999 2. Ilhas Marshall, 7 dezembro 2000 3. Nauru, 12 novembro 2001 4. Chipre, 7 março 2002 5. Camboja, 11 abril 2002 6. Mongólia, 11 abril 2002 7. Jordânia, 11 abril 2002 8. Tajikistão, 5 maio 2002 9. República do Timor Leste, 6 setembro 2002 10. Samoa, 16 setembro 2002 11. République de Coréia, 13 novembro 2002 12. Afeganistão, 10 fevereiro 2003 13. Japão, 17 julho 2007
<u>EUROPA OCIDENTAL E OUTROS ESTADOS</u>	<u>AMÉRICA LATINA E DO CARIBE</u>
<ol style="list-style-type: none"> 1. San Marino, 13 maio 1999 2. Itália, 26 julho 1999 3. Noruega, 16 fevereiro 2000 4. Islândia, 25 maio 2000 5. França, 9 junho 2000 6. Bélgica, 28 junho 2000 7. Canadá, 7 julho 2000 8. Nova Zelândia, 7 setembro 2000 9. Luxemburgo, 8 setembro 2000 10. Alemanha, 11 dezembro 2000 11. Áustria, 28 dezembro 2000 12. Finlândia, 29 dezembro 2000 13. Suécia, 28 janeiro 2001 14. Andorra, 30 abril 2001 15. Dinamarca, 21 junho 2001 16. Países baixos, 17 julho 2001 17. Liechtenstein, 2 outubro 2001 18. Reino Unido, 4 outubro 2001 19. Suíça, 12 outubro 2001 20. Portugal, 5 fevereiro 2002 21. Irlanda, 11 abril 2002 22. Grécia, 15 maio 2002 23. Austrália, 1 julho 2002 24. Espanha, 24 outubro 2002 25. Malta, 29 novembro 2002 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Trindade e Tobago, 6 abril 1999 2. Belize, 5 abril 2000 3. Venezuela, 7 junho 2000 4. Costa Rica, 30 janeiro 2001 5. Argentina, 8 fevereiro 2001 6. Dominica, 12 fevereiro 2001 7. Paraguai, 14 maio 2001 8. Antígua et Barbuda, 18 junho 2001 9. Peru, 10 novembro 2001 10. Equador, 5 fevereiro 2002 11. Panamá, 21 março 2002 12. Brasil, 14 junho 2002 13. Bolívia, 27 junho 2002 14. Uruguai, 28 junho 2002 15. Honduras, 1 julho 2002 16. Colômbia, 5 agosto 2002 17. Saint Vincent et les Grenadines, 3.12. 2002 18. Barbade, 10 dezembro 2002 19. Guiana, 24 setembro 2004 20. República dominicana, 12 maio 2005 21. México, 28 outubro 2005 22. Saint-Kitts-Et-Nevis, 22 agosto 2006 <p style="text-align: center;">Fonte: site oficial do TPI: http://www.icc-cpi</p>

Resta compreendido, por meio desse ato de adesão, que não podem ficar sem castigo ou submetidos à Justiça os responsáveis por crimes internacionais, devendo-se adotar medidas tanto interna quanto externa, fortalecendo a cooperação internacional. Primou-se pelo fim da impunidade e pela prevenção de novos crimes. A seguir o texto do Preâmbulo do Estatuto do TPI, no qual observam-se as intenções da comunidade internacional, principalmente no tocante aos países aderentes:

ER/1998. PREÂMBULO: Conscientes de que todos os povos estão unidos por laços comuns, de que suas culturas configuram um patrimônio comum e observando com preocupação que esse delicado mosaico pode se romper a qualquer momento. / Tendo presente que, neste século, milhões de crianças, mulheres e homens têm sido vítimas de atrocidades que desafiam a imaginação e chocam profundamente a consciência da humanidade. / Reconhecendo que esses graves crimes constituem uma ameaça para a paz, a segurança e o bem-estar da humanidade. / Afirmando que os crimes mais graves que preocupam a comunidade internacional em seu conjunto não devem ficar sem castigo e que, para assegurar que sejam efetivamente submetidos à ação da justiça, cumpre adotar medidas no plano nacional e fortalecer a cooperação internacional; Decididos a por um fim à impunidade dos autores desses crimes e contribuir assim para a prevenção de novos crimes; Recordando que é dever de todo Estado exercer sua jurisdição penal contra os responsáveis por crimes internacionais. / Reafirmando os Propósitos e Princípios da Carta das Nações Unidas e, em particular, que os Estados se absterão de recorrer à ameaça ou ao uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado ou de qualquer outra forma incompatível com os propósitos das Nações Unidas. / Enfatizando, nesse contexto, que nada do disposto no presente Estatuto deverá ser entendido como autorização a um Estado Parte para intervir, em uma situação de conflito armado, nos assuntos internos de outro Estado. / Decididos, com vistas à consecução desses fins e no interesse das gerações presentes e futuras, a estabelecer um Tribunal Penal Internacional de caráter permanente, independente e vinculado ao sistema das Nações Unidas que tenha jurisdição sobre os crimes mais graves que preocupam a comunidade internacional em seu conjunto. / Enfatizando que o Tribunal Penal Internacional estabelecido por meio do presente Estatuto deverá ser complementar às jurisdições penais nacionais. / Decididos a garantir que a justiça internacional seja respeitada e posta em prática de forma duradoura. / Convieram no seguinte.²⁶²

Como observado anteriormente, no processo de aprovação do ER/1998, em julho de 1998, obteve-se 120 votos foram favoráveis. Foi identificado ainda que 7 Estados se posicionado contrariamente. Esses votos contrários foram do Estados Unidos, Israel, China, Filipinas, Índia, Sri Lanka e Turquia. A oposição ao Estatuto, manifesta pelos votos contrários, principalmente por parte do EUA e China demonstrou um contraste significativo pois são

²⁶²: [...] In.: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/esttpi.htm>. Acesso em 20 fev. 2008.

Estados de grande projeção internacional, membros do Conselho de Segurança da ONU²⁶³. Posteriormente, EUA e Israel perceberam a repercussão negativa em âmbito internacional ocasionada pelos votos em contrário, daí em 31 de dezembro de 2000 assinaram o Estatuto. O fato é que mesmo tendo assinado o Estatuto, os EUA mostravam-se contrário nos seus posicionamentos perante os demais Estados.

Mais uma vez há de se analisar a particular posição mantida pelos Estados Unidos da América que, sob o aspecto teórico apóiam a existência de uma Corte Penal Internacional, como afirma a assinatura aposta no Estatuto, por outro lado, na prática, tem se oposto a determinadas disposições dele mesmo que resultam contrárias a seus interesses nacionais. Em especial tem mostrado reiteradamente seu rechaço a que a Corte possa chegar a julgar membros de suas forças armadas que participem de operações internacionais em territórios de outros Estados. [...] ²⁶⁴

Nesse sentido, EUA e Israel, após os atentados de 11 de setembro de 2001 e operações de guerra no Afeganistão e Palestina, apresentaram em 6 de maio e 28 de agosto, respectivamente, notificação formal ao Secretário-Geral da ONU informando não terem mais intenção de figurar como partes no respectivo tratado.²⁶⁵

Os países China, Estados Unidos, Bahrein, Índia, Israel, Catar e Vietnã se posicionaram violentamente contrários ao Estatuto e este contém marcas dessas discussões e difíceis negociações, pois encontra-se o Estatuto aquém do que havia realizado os estatutos dos TPIs *ad hoc* para ex-Iugoslávia e Ruanda, não obstante ser reconhecido que tais tribunais em muito contribuiu para o TPI. O fato é que existem os defensores da soberania que vêem o Estatuto de Roma como um texto próprio para atizar os conflitos ao invés de evitá-los, especialmente por causa do dano ao princípio fundamental de não ingerência e portanto à soberania nacional.²⁶⁶

É necessário compreender que a pluralidade de vontades dos Estados para o estabelecimento de normas de interesse de toda comunidade – dispostas no ER/1998 - não afeta a soberania. O caráter soberano de um Estado é inerente a sua condição interna de estabelecer suas normas, não admitindo imposição exterior. Nem a sociedade internacional, nem outros

²⁶³ RODRIGUES, Nicolas Cabezudo. *La corte penal internacional*. Madrid, 2002.

²⁶⁴ DELGADO, Lirola Isabel; MARTINÉZ, Magdalena. *La corte penal internacional*. Barcelona, 2001. p. 53

²⁶⁵ MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. *Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro*, 2005. p.34.

²⁶⁶ BAZELAIRE, Jean Paul e CRETIN, Thierry. *A Justiça Penal Internacional : sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia*. São Paulo, 2004.

Estados podem prevalecer sobre um Estado soberano. A primazia do poder do Estado na ordem internacional se reduz então no direito de determinação de seu comportamento com base no Direito, mas esse poder pode existir justaposto a outros Estados com a mesma pretensão.²⁶⁷

Aos Estados-Partes no ER/1998 compete a utilização de seu regimento normativo interno para julgar e processar, de maneira eficaz, autores de crimes internacionais. Ao TPI não se atribuiu competência para interferir nos Estados, salvo quando não exista possibilidade de se fazer valer a Justiça na proteção de Direitos Humanos. Daí o caráter complementar. Visa-se assim a promoção de efetivo julgamento e construção de uma nova mentalidade baseada na prevenção de ocorrência de novos crimes. É interesse de toda comunidade internacional segundo posicionamentos de vários doutrinadores.

É latente o interesse internacional para concretização da justiça internacional no que toca a crimes internacionais. Mas, ressalte-se ser valioso o acompanhamento de todo processo de funcionamento desse Tribunal, a aplicabilidade do caráter complementar e seus critérios. Não obstante o discurso com base no Estatuto de Roma de que o TPI apenas age subsidiariamente, deve ser analisada a possibilidade de interferências políticas de Estados que visem interesses escusos. A comunidade internacional demonstra ao mundo que deseja um Tribunal eficaz, imparcial e justo, mas cabe a essa mesma comunidade criar mecanismos de controle e fiscalização evitando assim qualquer possibilidade de uso político desse novíssimo instrumento de proteção a direitos.

5.5 Ausência dos Estados Unidos no TPI

Os Estados Unidos manifesta-se contrário ao TPI, no entanto, vêm pretendendo concluir acordos bilaterais com demais Estados-partes do TPI. A finalidade dessa busca tais acordos é fazer com que sejam excluídos os seus nacionais da jurisdição do Tribunal caso haja alguma ocorrência de crime internacional envolvendo americanos. Esse comportamento por parte dos

²⁶⁷ DUPUY, René-Jean. *Le droit international*. 12^a ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2004. pp.37-40.

EUA consiste em flagrante violação dos propósitos do Estatuto de Roma.²⁶⁸ Mas como explicar o fato dos EUA, tido como motor da justiça internacional, participante ativo nos processos de Nuremberg, Tóquio, ex-Iugoslávia e Ruanda, fervoroso defensor dos direitos do homem através do mundo, levanta-se agora contra o evento histórico do TPI ?²⁶⁹ Em princípio se quer acreditar que ele representa um Estado detentor de estrutura e desenvolvimento normativo-jurídico capaz de ser eficaz no processo e julgamento de autores de crimes internacionais, não sendo necessária a complementariedade do TPI.

Ainda no tocante a essa busca por acordo bilaterais, os EUA vêm realizando intensas gestões na América Latina e no Caribe para conseguir êxito e principal foco é estabelecer com o estado participante que não se promova à entrega de americano ao TPI. Não se tem uma visão de conjunto desse tipo de acordo devido à falta de transparência. Bolívia e El Salvador firmaram tal acordo com descrição. Em nível oficial a condição de não-entrega só foi confirmada na Colômbia e Bolívia, não se tendo informações sobre outros países, mas é clara a situação de pressão imposta pelos EUA, tendo os menores cedido a tais pressões. Os EUA se valem sobretudo das dependências existentes no âmbito militar, suprimindo-a bem como estabelecendo que acordos de livre comércio só podem ser concretizados se houver também assinatura do acordo de não-entrega. Tal acordo é uma violação ao ER/1998, mas percebe-se que apesar dessas pressões a América Latina continua sendo claramente favorável ao TPI.²⁷⁰

Esse comportamento dos EUA em não aderir ao TPI vai em sentido contrário ao que defendia o Presidente Bill Clinton, que se comprometeu a assegurar os precedentes de Nuremberg, tendo sugerido perante a Assembléia Geral em 1997, para clamar pela instauração de um Tribunal Penal Internacional antes do final do século. Destaque-se que os EUA desempenharam um papel fundamental na criação dos tribunais “*ad hoc*” para Iugoslávia e

²⁶⁸ Essa conduta por parte dos EUA viola ainda a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969), pois em seu art. 18 dispõe que os Estados não podem frustrar o objeto ou finalidade do tratado a concluir. Trata ainda o art. 86 e seguintes do Estatuto de Roma que os Estados-membros têm obrigação de cooperar com a jurisdição do TPI. MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. *Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro*. São Paulo, 2005. p.34.

²⁶⁹ BOUQUEMONT, Clémence. *La Court pénale internationale et les États-Unis*. Paris : L'Harmattan. 2003. p.15.

²⁷⁰ GRAMMER, Christoph. *O sistema do Estatuto de Roma como força motriz do Direito Penal Internacional*. In: AMBOS, Kai e JAPIASSÚ, Carlos E. Adriano. *Tribunal Penal Internacional. Possibilidades de Desafios*. Rio de Janeiro, 2005. pp. 48-52.

Ruanda. Esse comportamento dos EUA em não ratificar o tratado do TPI teria justificativa o fato de que poderia o Estatuto servir como instrumento para, maliciosamente, acusar de crimes de guerra, tropas americanas em missões humanitárias.²⁷¹

A impressão colhida ao ser analisado o posicionamento dos EUA no tocante aos é que estes apenas interessam caso sirvam de instrumentos de sua política exterior. O direito internacional é um simples elemento para tomada de decisões, estando a serviço da sua política imperialista.

Para os Estados Unidos o Direito Internacional é um instrumento (e não o mais importante) de sua política exterior e um simples elemento (e não necessariamente de caráter essencial) no âmbito da tomada de decisões. Assim, sua política vai consistir em permanecer o mais possível a margem do Direito Internacional uma vez que se colocam como garantes do respeito da legalidade por parte dos demais Estados. [...]

²⁷²

A título de exemplo, pode-se citar que no ano de 2003 os Estados Unidos se posicionavam como país do mundo, junto a Bután, Kiribati e Myanmar que menos tratados de direitos humanos havia ratificado. E ainda, não faz parte do tratados de proibição de minas contra pessoas; não se vincula aos principais tratados do meio ambiente; não aceitam jurisdição de nenhum tribunal internacional, apresente ela caráter de direitos humanos ou de direito penal. Nesse sentido, um Estado que de modo tão patente se coloca a margem das normas elementares de Direito internacional não hesita em momento algum de alegar como causa justificadora de brutais agressões a Estados como Irak ou Afeganistão, a defesa da legalidade internacional. Estamos assim diante de uma tendência imperialista apoiada por alguns Estados “amigos” convidados do Presidente George W. Busch. Nesta tendência, o imperador está acima do Direito.²⁷³

²⁷¹ ARAUJO, Giselle Ferreira de. *Proteção dos direitos humanos por organismos internacionais: controle e coercibilidade: Tribunais Penais Internacionais*. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, 2007. p.296.

²⁷² LLORÉNS, Jorge Cardona. *La Corte Penal Internacional y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales*. In: COLOMER, Juan Luis. CUSSAC, José Luis e outro. *La Corte Penal Internacional: Um estudo interdisciplinar*. Valência, 2003.p.91.

²⁷³ *Idem.*, pp.91 e 92.

Em declaração feita pelo sub-secretário americano para o controle das armas e da segurança nacional – John R. Bolton, ficou evidente a alegação de que o Tribunal Penal Internacional traria conseqüências inaceitáveis para os EUA, não tendo explicado claramente quais seriam as razões efetivamente:

Para um certo número de razões, os Estados Unidos consideraram que o TPI tinha conseqüências inaceitáveis para a soberania nacional. Em particular, o TPI é uma organização na qual os dispositivos são contrários as idéias americanas de soberania e independência nacional. Ele é perigoso para os interesses dos Estados Unidos. [...] ²⁷⁴

Importa destacar aqui a posição dos EUA em face a acontecimentos marcantes para humanidade – principais genocídios do séc. XX. A erradicação de não-sérvios pelos sérvios-bósnios, massacres de armênios por otomanos, o Holocausto nazista, o terror de Pol Pot no Camboja, a destruição dos curdos por Sadam Hussein no norte do iraque e o extermínio sistemático da minoria tutsi pelos hutus ruandeses. Cada um desses casos enquadrou-se nos termos da Convenção do Genocídio de 1948, e cada um deu aos EUA opções para uma significativa intervenção diplomática, econômica, legal ou militar. Os presidentes americanos nas três últimas décadas do século XX tomaram decisões concernentes à prevenção e supressão do genocídio, mas as resposta a casos dessa natureza sempre foram semelhantes, qual seja, a alegação de desconhecimento do que acontecia. A verdade é que eles sabiam, houve alerta prévio e documentos comprovam isso, no entanto, nada fez esse Estado para prevenir a matança. ²⁷⁵

A posição dos EUA em relação ao TPI é no sentido de que ele ameaça a soberania porque tem competência sobre os cidadãos de Estados que não ratificaram o Estatuto. ²⁷⁶ Mas isso não representa uma verdade, pois os cidadãos americanos acusados de crimes fora do solo americano já são julgados com base na competência jurisdicional de outros Estados. E ainda,

²⁷⁴ BOUQUEMONT, Clémence. *La Court pénale internationale et les États-Unis*. Paris : L'Harmattan. 2003. p.34.

²⁷⁵ POWER, Samantha. *Genocídio. A retórica americana em questão*. São Paulo: Editora Schwarcz, 2004. pp.16 e 17.

²⁷⁶ Os EUA mantém uma política de não-intervenção, a exemplo das situações de ocorrência de genocídio no séc. XX. Apresenta-se assim como um sistema político falido, no entanto, impiedosamente eficaz. Nenhum presidente americano faz da prevenção do genocídio uma prioridade, e nenhum presidente americano jamais sofreu politicamente por sua indiferença à ocorrência de genocídio. POWER, Samantha. *Genocídio. A retórica americana em questão*. São Paulo: Editora Schwarcz, 2004. p. 22.

figura como princípio de direito internacional o fato de todo cidadão que comete um crime no estrangeiro pode ser julgado pelo Estado no qual o crime foi cometido. Os Estados ratificantes do ER/1998 apenas concordam que o TPI julgue os crimes mais graves cometidos nos seus territórios, ao invés deles mesmos julgarem.²⁷⁷ Nesse sentido, não haveria de se falar em afetação à soberania de um Estado, lembrando que é possível o próprio Estado onde ocorreu o crime julgar, desde que o faça de forma legal e eficaz.

Não há de se falar em restrição ou diminuição da soberania para países que aderiram, ou aos que ainda irão aderir ao Estatuto de Roma. A situação é inversa, pois na medida em que um Estado ratifica uma convenção multilateral como esta, que visa trazer bem estar que a sociedade internacional reivindica há anos, ele não está fazendo mais do que, efetivamente, praticando um ato de soberania, e o faz de acordo com sua Constituição, que prevê a participação dos poderes Executivo e Legislativo no processo de celebração de tratados internacionais.²⁷⁸

No tocante a lista de direitos pertinente ao “processo justo” garantidos pelo ER/1998, o antigo conselheiro do Secretário de Estado americano e Presidente da *American Society of International Law* declarou “ a lista dos direitos do Estatuto de Roma é bem mais detalhada e completa que a americana *Bill of Rights*...eu não conheço nenhum direito garantido na Constituição americana ao pessoal militar que não seja igualmente garantido pelo Estatuto de Roma.²⁷⁹

A manifestação dos Estados para criação de uma Corte Penal Internacional, a partir do Estatuto de Roma e desde sua elaboração, não significa dizer o estabelecimento de um Código Penal Internacional para os crimes ali considerados. Prova disso é o disposto no art. 10 do Estatuto que descreve acerca dos crimes “ nada no presente capítulo deverá ser interpretado como limitando ou afetando, de alguma maneira, as normas existentes ou em desenvolvimento de direito internacional com fins distintos dos do presente Estatuto”. Deve-se entender que a evolução do direito internacional e o costume naturalmente farão evoluir o Estatuto, daí a

²⁷⁷ BOUQUEMONT, Clémence. *La Court pénale internationale et les États-Unis*. Paris : L'Harmattan. 2003. p.35.

²⁷⁸ MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. *Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Premier Maxima, 2005. p.86.

²⁷⁹ BOUQUEMONT, *op cit.*, p.35.

possibilidade de alterações aos elementos constitutivos dos crimes, conforme traz o §2º do Art. 9, onde se prevê possibilidade de propostas por qualquer Estado Parte; As alterações aos elementos constitutivos dos crimes poderão ser propostas por juízes, através de deliberação tomada por maioria absoluta; e ainda, pelo Procurador.²⁸⁰ Argumentos postos pelos EUA não convencem quanto a não participação no ER/1998.

A posição dos EUA contraria os indicativos de participação dos EUA em torno do ER/1998, fato ocorrido na gestão do Presidente Bill Clinton. Percebe-se que a administração de Bush destruirá toda esperança de participação americana no TPI, e o pior e mais grave ainda, trabalhará no sentido de impedir que esse Tribunal exerça sua competência em relação aos nacionais americanos.²⁸¹

É fato que os Estados Unidos se posiciona contrário ao Tribunal. Resta como concreta também a posição de que uma comunidade formada por um número significativo de Estados internacionais aderiram ao texto normativo instituidor do TPI. Ao se direcionar o olhar para a importância da manifestação dessa sociedade, a qual vem agregando aos poucos novos Estados, há de se perceber um conjunto de vontades que objetiva a construção de uma sociedade justa e digna baseada na primazia da dignidade da pessoa humana. Deve-se sempre acreditar em transformações positivas e esse novo órgão é símbolo disso, representando o manifesto da humanidade que não mais suporta impunidades ante a ocorrência de crimes internacionais.

A aprovação de instrumentos legais de instrumentos de proteção a direitos humanos representa um grande passo em busca de uma melhor efetividade desses direitos. Os Estados-Partes se comprometem a respeitar todas as disposições constantes desses instrumentos, engajando-se na luta pelos direitos humanos, por sua implementação, muitas vezes sob ameaça vergonhosa – *power of embarrassment* – dos demais países no mundo. Mas importa destacar que apesar das inúmeras manifestações contrárias, a exemplo dos EUA em celebrar acordos bilaterais com outros países do globo, procurando minar o TPI ou a tipificação dos crimes, é

²⁸⁰ BOURDON, William e DUVERGER, Emmanuelle. *La Cour pénale internationale. Le statue de Rome*. France: Éditions du Seuil, 2000. p.74.

²⁸¹ BOUQUEMONT, Clémence. *La Court pénale internationale et les États-Unis*. Paris : L'Harmattan. 2003. p.15.

necessário que se lute pela prevalência do multilateralismo, portanto, pelos interesses amplos da comunidade internacional.²⁸²

5.6 Críticas e perspectivas para Jurisdição do TPI

As informações trazidas até aqui no decorrer do trabalho versam sobre um novo instrumento jurídico na proteção de direitos humanos. Foram abordados aspectos históricos do processo de formação de um TPI permanente, bem como posicionamentos acerca da importância deste e da primazia no respeito ao ser humano. O TPI existe em caráter permanente e o interesse pela sua manutenção se constata pela adesão de atuais 105 Estados ratificantes e co-autores no processo de concretização dessa nova ordem internacional.

O fato é que mesmo existindo por parte de vários Estados grande aceitabilidade dessa jurisdição internacional, encontramos em paralelo, posicionamentos contrários a Corte. Exige-se, nesse sentido, uma leitura de outros pontos de vista – críticas desfavoráveis - à manutenção de uma Corte Internacional Penal de caráter permanente. Nas linhas, mais adiante, será promovida uma abordagem que ilustra algumas dessas considerações, valendo lembrar que o tema é novo e que muitos outros apontamentos surgirão, contra ou a favor, em todo o mundo, posto que é o tema carente de indagações, sugestões e críticas.

A proteção universal dos Direitos Humanos em muito evoluiu²⁸³, seja com a adoção do TPI, seja com a aprovação da Convenção para Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio,

²⁸² GUERRA, Bernardo pereira de Lucena Rodrigues. *Direito internacional dos direitos humanos*. Curitiba, 2006. pp.281e 284.

²⁸³ Considerando o caráter de universalidade e direitos do homem, Bernard Edelman sustenta que quanto mais se é universal, menos se é generoso, menos se é eficaz e, quanto mais se é eficaz, menos se é universal. Defende que universalização se expressa na passagem de uma obrigação estrita “comportar-se fraternalmente uns com os outros” – a uma obrigação simbólica – “agir uns com os outros com espírito de fraternidade”. A universalidade dos direitos do homem deve ser lida ao contrário, negativamente. Não se trata de forma alguma de usar *o conteúdo positivo* como referência, mas de compreender *contra o quê* eles supostamente devem nos proteger. Quanto mais falamos de “vida”, mais tememos que ela nos seja retirada. A antropologia dos direitos do homem é *guerreira* no sentido de que as declarações são utilizadas como *armas*. Damos aos indivíduos “pólvora e balas” jurídicas para os dissuadir

não sendo permitidos, sob hipótese alguma retrocessos na agenda dos direitos humanos.²⁸⁴ A verdade é que esse raciocínio de evolução não é comungado por todos, há posicionamentos contrários a uma jurisdição internacional penal ou que a elaboração e aplicação do direito penal internacional carece de maiores discussões. Os discursos admitidos no processo de elaboração e de aplicação de direito penal internacional seriam escassos e a complexidade da problemática é reduzida em muitos casos ao silêncio. Isso remete a reflexão de que deveriam ser os temas mais discutidos, inclusive na academia, ouvindo-se propostas e alternativas ao discurso homogêneo sobre o atual direito penal internacional, objetivando seu fortalecimento.²⁸⁵

Em referência a Convenção para Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio, seria ela ineficaz. Afirma-se não ter impedido o genocídio no pós-Segunda Guerra, vindo a ocorrer trágicos eventos como em Ruanda, Iugoslávia, assim como até a década de noventa houve poucos julgamentos para o crime. As normas dessa Convenção seriam lacunosas. A crítica nesse sentido repousa no argumento de que somente quando a definição legal de genocídio englobar a destruição em massa de qualquer coletividade humana.²⁸⁶

No tocante ao Estatuto do TPI, objeto de estudo nesse trabalho, considerações foram levantadas sobre a técnica legislativa utilizada na redação, alegando-se deficiências que estabelecem um juízo crítico adverso. Tal circunstância engloba tanto uma deplorável sistemática em sua redação um desequilíbrio interno existente na regulação das matérias que contempla. No tocante a redação, há uma carência de uma estrutura organizacional lógica e isso se manifesta nas confusões de aspectos processuais com outros de índole penal.²⁸⁷

É certo que pensar a existência de um TPI permanente traz a tona reflexões, posicionamentos contrários etc., no entanto, o posicionamento de alguns Estados se deu no sentido de considerarem seriamente o fracasso do TPI. Esses Estados manifestam-se violentamente contrários à criação de uma jurisdição internacional, a exemplo de China, EUA,

de empregar fuzis. DELMAN, Bernard. *Universalidade e direitos do homem*. In : DELMAS-Marty, Mireille. *Processo Penal e Direitos do Homem*. São Paulo: Manole, 2004. pp. 123 e 129.

²⁸⁴ GUERRA, Bernardo P. L. Rodrigues. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Curitiba, 2006. p.221.

²⁸⁵ OTERO, Juan Manuel. *El castigo y perdón en el lenguaje del derecho penal internacional*. In: Revista da Pós-graduação em Direito da UNICAP. Ano 3, nº 1 / 2004 / 2005. p.271.

²⁸⁶ LINDGREN ALVES. José Augusto. *A arquitetura Internacional dos Direitos Humanos*. SP, 1997. p.86 e 87.

²⁸⁷ RODRÍGUEZ, Nicolas Cabezudo. *La corte penal internaiconal*. Madrid: Dykinson, 2002. p.27

Israel, Catar e Vietnã.²⁸⁸ Esses Estados defendem que a atividade complementar do Tribunal em comento afeta o poder soberano do Estado.

No plano de análise do princípio da complementariedade do TPI, foram suscitados problemas de aplicação. A jurisdição complementar ao exercer sua prevalência, incide sobre jurisdições internas e normas, inclusive aquelas de natureza constitucional. Esse caráter complementar em relação às jurisdições internas afetaria o princípio da segurança jurídica.²⁸⁹ Nesse sentido, a exemplo da adequação a Constituição brasileira, o TPI fere princípios garantistas que a norteiam, pois o §2º do art. 5º, garante a possibilidade de se ampliar o rol de direitos e garantias através de tratados internacionais e não de suprimi-los. Adequar os dispositivos do Estatuto de Roma ao ordenamento interno brasileiro seria um retrocesso de todas as conquistas da humanidade, em particular, dos brasileiros, que sangraram para atingir o estágio de garantia que existe hoje, que pode ainda não ser o ideal, porém, é melhor do que propõe o Tribunal Penal Internacional.²⁹⁰

Não é fácil um consenso entre Estados sobre uma questão de tão difícil que é estabelecer um modelo de justiça punitiva de violações de direitos humanos no âmbito internacional. O Estatuto do TPI tem avanços e controvérsias, principalmente, no sistema jurídico interno, a exemplo do que toca a prisão perpétua que a Constituição brasileira proíbe. Consta ainda no Estatuto a impossibilidade de reservas, estabelecendo que a ratificação é incondicional. Mas, observam-se também avanços quando considera o modelo garantista do direito penal – preocupação com vítimas que vai além de considerá-la “sujeito passivo do crime” e com as testemunhas, garantindo ainda os direitos dos acusados.²⁹¹

Os Estados se encontram em um processo de transformação. Há de se perceber a consolidação de uma sociedade que nem é a sociedade nacional nem a interestatal, mas sim uma terceira sociedade resultado de uma interação entre componentes de distintas sociedades

²⁸⁸ BAZELAIRE, Jean Paul e CRETIN, Thierry. *A Justiça Penal Internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia*. São Paulo, 2004. p.63.

²⁸⁹ RODRÍGUEZ, Nicolas Cabezudo. *La corte penal internaiconal*. Madrid: Dykinson, 2002. p.73

²⁹⁰ VELOSO, Ricardo Ribeiro. *O Tribunal Penal Internacional*. Disponível na Internet: < <http://www.mundojuridico.adv.br> >. Acesso em 12. out. 2006.

²⁹¹ MONTEIRO, Valdênia Brito. *A Corte Penal Internacional. Avanços e desafios no início do Séc. XXI*. In: BENVENUTO Jr., Jayme. *et tal. Programa dhINTERNACIONAL*. Recife: GAJOP., 2004. p.71.

Estatais.²⁹² No cenário das mudanças e perspectivas estão também os ordenamentos jurídicos, dentre eles o penal internacional, a exemplo do advento do Estatuto de Roma. Tal manifestação indica o desejo de estabelecimento de uma jurisdição penal internacional e exige dos Estados um novo comportamento e sensibilidade às mudanças.

Surge assim um novo desafio para os Estados, qual seja o de implementação das obrigações, standards e parâmetros internacionais de direitos humanos e esses na órbita universal demarcam a vertente de um “constitucionalismo global” ao consagrar como maiores objetivos: a limitação do poder Estatal e a proteção dos direitos.²⁹³ Esse caminhar em direção a uma estrutura de obrigações para os Estados passa pela instituição de políticas efetivadoras de acesso à Justiça, proteção de direitos humanos via instrumentos de prevenção baseados na força do direito. O TPI é um órgão com base jurídica que demonstra a intenção de toda uma comunidade internacional e representa a indicação de transformações nas estruturas e decisões dos que fazem um Estado, ainda que não participantes ou membros do ER/1998. Neste sentido:

O grande desafio do Direito Internacional sempre foi o de adquirir “garras e dentes”, ou seja, poder e capacidade “sancionatórios”. Vale dizer que no âmbito internacional o foco se concentra no binômio: direito da força *versus* força do direito. O processo de justicialização do Direito Internacional, em especial dos direitos humanos, celebra, por assim dizer a passagem do reino do “direito da força” para a “força do direito”. Testemunha-se, hoje, o crescente processo de justicialização dos direitos humanos. Pela primeira vez, na história da humanidade, foi instalado um Tribunal Penal Internacional para julgar os mais graves crimes atentatórios à ordem internacional. [...]

²⁹⁴

O Direito Internacional dos Direitos Humanos enfrenta desafios. O TPI representa uma das grandes convenções que constituem o sistema especial de proteção desses direitos, sendo uma realidade estabelecida após 50 anos de esforços da ONU. Reforçou-se sobremaneira a tese de limitação da soberania dos Estados, que deixou de ser absoluta, passando a ser relativa. Os Estados são soberanos até certo ponto, naqueles assuntos que não importarem em violações a Direitos Humanos. As matérias concernentes a DH não são mais restritas exclusivamente à

²⁹² GARCIA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del estado*. 10ªed. Madrid: Alianza Editorial, 1996. p.177.

²⁹³ PIOVESAN, Flavia. Implementação das Obrigações, Standards e Parâmetros Internacionais de Direitos Humanos no âmbito Intragovernamental e Federativo. In: BENVENUTO Jr., Jayme. et tal. *Direitos Humanos Internacionais. Perspectiva prática no novo cenário mundial*. Recife: GAJOP; Bagaço, 2006. p.112

²⁹⁴ PIOVESAN, *op cit.*, p.115.

jurisdição interna dos Estados, mas de interesse de toda comunidade internacional, podendo haver intervenção internacional para evitar impunidade.²⁹⁵

Inúmeras colocações ou posicionamentos de autores convergem para o sentido de limitação de poder de Estados e preservação de direitos humanos, políticas de acesso a Justiça, efetivação de estruturas a partir da força do direito. Seria o TPI o manifesto da vontade de todo mundo. São louváveis todas essas assertivas, no entanto, deve-se trazer em conta a possibilidade de alguns Estados ou grupos de Estados participarem de todo processo elaboração do Estatuto, assim como do TPI, terem interesses próprios que não seriam os delineados nas intenções fixadas nos dispositivos do ER / 1998.

Uma reflexão mais apurada indica que antes de entregar-se as “delícias da universalidade” mas sim se esforçar para localizar ciladas ocultas pela “aparente simplicidade dos direitos do homem”. A mais visível é a exclusão, sob todas as formas, individuais ou coletivas, civis e políticas ou sociais e econômicas, que resiste a muitas proclamações. A negação mais visível dos direitos do homem é a exclusão.²⁹⁶ Exige-se assim criteriosa análise e visão crítica acerca do estabelecimento de estruturas baseadas na idéia de reconhecimento e preservação de direitos. Mesmo o direito a vida, apesar de Declarações e Convenções não é um direito inderrogado, pois a pena de morte continua o mais das vezes aceita e os protocolos adicionais que a suprimem deixam de lado o caso de guerra.²⁹⁷

O mundo há muito assiste a realidade do estabelecimento de forças políticas como os mais diversos interesses ou influências no âmbito da comunidade internacional. Nesse sentido, é de se perceber a importância de um Tribunal Penal Internacional, mas também a necessidade de

²⁹⁵ GUERRA, Bernardo P. L. Rodrigues. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Curitiba, 2006. pp.282-283.

²⁹⁶ Na França, em 1789, em sua obra “a emancipação dos judeus” Robert Badinter lembra que esta foi votada pela Assembléia Constituinte no último momento, por decreto de 27 de setembro de 1791. Mas que no dia seguinte, por decreto de 28 de setembro, a Assembléia mantinha a escravidão nas colônias: “Dois anos depois de ter proclamado que todos os homens nascem livres e iguais em direitos, a Assembléia baixava a cabeça diante dos fazendeiros e de seus aliados metropolitanos”. O “Código Negro” oriundo da ordenação de 1685, continuava em vigor com seu jogo de mutilações engenhosamente graduadas, da primeira a terceira fuga que, que por sua vez, acarreta a condenação a morte. In: DELMAS-Marty, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. pp.278-279.

²⁹⁷ *Idem*. p.295

um olhar criterioso de todos os Estados para como serão conduzidas as ações, procedimentos e decisões dessa nova Corte.

Conclusão

A idéia de uma Corte Internacional Penal vem a consolidar uma nova tendência, antes iniciada pelas Cortes *ad hoc* estabelecidas pela ONU para julgar todas as pessoas acusadas de atrocidades. Essa Corte estabelece atividades de garantia, compreendendo a organização de uma autêntica tutela jurisdicional em nível internacional, que substitua a nacional quando aquela for insuficiente ou até mesmo inexistente. Passa-se a dispor assim de um mecanismo de garantia para proteção de direitos assegurados no âmbito internacional, vez que até então, o mesmo só possuía atividades de proteção e controle. Passa o TPI ser saudado como o maior marco no progresso da Justiça mundial, pelo que se espera que sua implementação possa reforçar a luta pelo respeito aos direitos humanos, contribuindo para concretização do ideal de paz e justiça universais.²⁹⁸

Inúmeras violações de direitos humanos ocorreram e ocorreram no mundo, fazendo-se necessário um movimento de reconstrução e proteção desses direitos. O TPI surge aparentemente como um órgão voltado a processar e julgar crimes internacionais, assim como voltado para estabelecer uma nova mentalidade junto aos Estados participantes do sistema de cooperação implementando nas ordens jurídicas internas o sentido trazido pelo novo Tribunal. Criado a partir de critérios das experiências e contribuições dos tribunais *ad hoc*, esse novo Tribunal, permanente dotado de autonomia, trás consigo princípios já consagrados a exemplo da legalidade, devido processo legal, irretroatividade, responsabilidade penal individual, dentre outros, destacando-se o da complementariedade, apresentando ainda alguns não tão conhecidos como o da irrelevância das imunidades ou prerrogativas de foro.

Segundo o Estatuto do TPI foram estabelecidas as condutas ilícitas ou tipos penais a serem objeto de análise, processo e julgamento. Em meio a elas, restou sem definição a que aborda o crime de agressão, no entanto, percebe-se que sua delimitação será possível. Se o próprio ER/1998, apesar de movimentos contrários e abstenções logrou êxito em ser aprovado e

²⁹⁸ SCHAFRANSKI, Silvia Maria Derbli. *Direitos humanos & seu processo de universalização*. Curitiba: Juruá, 2003. p.82.

reconhecido internacionalmente, não cabe tecer presunção negativa acerca da não definição do crime de agressão.

Nesse caminhar de perspectivas positivas em relação à aplicabilidade da jurisdição internacional penal e destacado o princípio da complementariedade, percebe-se que os Estados-Partes foram sensíveis ao objetivo desse novo órgão, qual seja a proteção a direitos humanos. Esses Estados deixam transparecer que a soberania tida até então como algo absoluto pode se relativizar. Nenhuma força pode se sobrepor à primazia da dignidade humana, muito menos se essa força é evitada da certeza de impunidade quando da prática de crimes internacionais mais graves que atingem toda a comunidade internacional. A competência primordial do TPI é evitar a impunidade e evitar novas ocorrências. Esta é a intenção ou sentido do TPI apresentada ER/1998. Aos Estados caberia efetivamente, em âmbito interno, julgar os que praticam a infração. Como visto durante muito tempo, o mundo assistiu não somente aos crimes, mas também a inexistência de punição aos responsáveis, seja por impossibilidade ou falta de vontade, ou seja, incapacidade de concretizar justiça e prevenir novos eventos criminosos.

Essa necessidade do Estado agir de modo eficaz envolve a estruturação de suas normas jurídicas internas, adequando-as aos dispositivos do Estatuto de Roma. Essa adequação constrói ainda uma nova mentalidade que consiste no reconhecimento de que há uma ordem internacional capaz de complementar as jurisdições nacionais. Tem-se assim não somente um novo instrumento de proteção de direitos humanos que processa, julga, aplica a sanção penal, mas também previne. O mundo não mais aceita conviver com palcos de conflitos em que civis, inocentes, seres humanos são vitimados em todas as ordens de direitos e valores.

Entendo salutar e imprescindível toda elaboração e efetivação do TPI. É realidade também que diante desse novo instrumento de proteção a Direitos Humanos sejam observados pelos Estados como se fará a condução de seus atos, decisões em face de Estados supostamente incapazes de perseguir, processar e julgar responsáveis por crimes internacionais. E ainda, a interferência ou ingerências políticas de Estados detentores de amplo poder. Deve-se primar pela imparcialidade e efetividade de decisões justas, evitar interferências ou interesses outros, objetivando firmar com segurança a consciência coletiva internacional prevalecendo à certeza da

existência de um órgão aplicador da justiça. Devemos ainda lembrar que na história recente Estados demonstraram ao mundo serem desejosos da valorização do ser humanos, através de Declarações, Convenções internacionais, dentre outros instrumentos, no entanto, age-se em sentido contrário. Assistimos dia-a-dia o desrespeito ao indivíduo, a sua personalidade e participação na comunidade humana.

Por fim, vale salientar que o trabalho aqui desenvolvido – que consiste em pré-requisito para obtenção do título de mestre pela UNICAP - versa sobre um tema novo. Muitas discussões e posicionamentos ainda serão aplicadas em diversas academias, congressos, centros de estudos, organismos internacionais e etc. Aos que se interessam pelo tema fica aqui uma parcela de contribuição e a expectativa de que o Tribunal Penal Internacional venha ser um agente inibidor da ocorrência dos crimes que são de sua competência, e os Estados, por seu turno, se vierem a julgar que o façam de forma eficaz.

REFERÊNCIAS

ABREU BOUCAULT, Carlos Eduardo de. ARAUJO, Nadia de. **Os direitos humanos e o direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ALBERTINI, Pierre. **Pouvoirs. La Responsabilité des Gouvernants**. France: Seuil, 2000.

ACQUAVIA, Marcus Cláudio. **Dicionário jurídico brasileiro Acquaviva**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004.

AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da Legitimidade do Supremo Tribunal federal: Densificação da Jurisdição Constitucional Brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

AMBOS, Kai e JAPIASSÚ, Carlos E. Adriano. **Tribunal Penal Internacional. Possibilidades de Desafios**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

ARAUJO, Giselle Ferreira de. **Proteção dos direitos humanos por organismos internacionais: controle e coercibilidade: Tribunais Penais Internacionais**. São Paulo: RT, 2007.

ARIOSI, Mariângela. **Conflitos entre Tratados Internacionais e Leis Internas: O judiciário brasileiro e a nova ordem constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ASCENSIO, Hervé. D'HAUTEVILLE, Anne, e outros. **Le Tribunal Pénal International de la Haye. Le droit à l'épreuve de la << purification ethnique.>>** Paris – France: L'Harmattan, 2000.

BAPTISTA, Luiz Olavo e FONSECA, José Roberto Franco da Fonseca. **O Direito Internacional no terceiro milênio**. Estudos em homenagem ao Professor Vicente Mrotta Rangel. São Paulo: LTr, 1998.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BAZELAIRE, Jean Paul e CRETIN, Thierry. **A Justiça Penal Internacional : sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia**. São Paulo: manole, 2004.

BETTATI, Mario. **Droit humanitaire**. Paris: Éditions du Seuil, 2000.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BENVENUTO Jr., Jayme. *et tal.* **Programa dhINTERNACIONAL**. Recife: GAJOP, 2004

BENVENUTO Jr., Jayme. *et tal.* **Direitos Humanos Internacionais.** Perspectiva prática no novo cenário mundial. Recife: GAJOP; Bagaço, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política:** A filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BOURDON, William e DUVERGER, Emmanuelle. **La Cour pénale internationale.** Le statue de Rome. France: Éditions du Seuil, 2000.

BOUQUEMONT, Clémence. **La Court pénale internationale et les États-Unis.** Paris : L'Harmattan. 2003.

BOUCAULT, Carlos Eduardo e ARAUJO, Nadia. **Os direitos humanos e o direito internacional.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais.** Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CARTER, Raymond H. A. **Lê Tribunal Penal por l'ex-Yougoslavie.** Paris: L'Harmattan, 2005.

CHOUKR, Fauzi Hassan e AMBOS, Kai. **Tribunal penal internacional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COLOMER, Juan Luis. CUSSAC, José Luis e LORÉNS, Jorge Cardona. **La Corte Penal Internacional:** Um estudo interdisciplinar. Valência: tirant lo blach, 2003.

DEL MORAL, M^a Assunción Orench y. **El derecho Internacional como ordenamiento jurídico objetivo.** Los principios generales del Derecho Internacional. Madrid: Comillas, 2004.

DELGADO, Lirola Isabel e MARTINÉZ, Magdalena M. Martín. **La corte penal internacional.** Barcelona: Ariel, S.A. 2001.

DELMAS-Marty, Mireille. **Os grandes sistemas de política criminal.** São Paulo: Manole, 2004.

_____, _____. **Por um direito comum.** São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____, _____. **Processo Penal e direitos do homem: rumo à consciência européia.** São Paulo: Manole, 2004.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo.** 12^aed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DUPUY, René-Jean. **Le droit internacional.** 12^a ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2004.

SLAGSTAD, Rune. **Constitucionalismo y Democracia**. México: Fondo de la cultura econômica, 1999.

ESPINOSA, Juan Francisco Escudero. **La Corte Penal Internacional y el Consejo de Seguridad**. Hacia la paz por la justicia. Madri: Dilex, 2004.

FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. **Tratados Internacionais**. São Paulo: LRT. 1999.

FRANCH, Valentin Bou. **Derechos Humanos**. Selección básica de Textos Internacionales. Valência: Tirant lo blanch, 2003.

FULBROOK, Mary. **História da Alemanha**. Cambridge: Univesity Press, 1990.

GARCIA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del estado**. 10ªed. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

GODINHO, Fabiana de Oliveira. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GUERRA, Bernardo pereira de Lucena Rodrigues. **Direito internacional dos direitos humanos**. Curitiba: Juruá, 2006.

HABERMAS, Jurgen. **Mas allá del Estado nacional**. Mexico: Fondo de cultura econômica, 1999.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HUET, André. KOERING-JOULIN, Renée. **Droit pénal international**. 2ªed. France: Presses universitaires de France, 2001.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O Tribunal Penal Internacional**, 2004. p.155.

KELSEN, Hans. **O Estado como integração: um confronto de princípios**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LASMAR, Jorge Mascarenhas e PAIXÃO E CASARÕES, Guilherme Stolle. **A organização das Nações Unidas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

LAUGHLAND, John. **Le Tribunal Penal Internacional. Gardien du nouvel ordre mondial**. Paris : François-Xavier de Gilbert, 2003.

LIMA, Renata Mantovani de; BRINA, Marina Martins da. **O Tribunal Penal Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

LUIGI, Ferrajoli. **El garantismo y la filosofía Del derecho**. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2001.

LINDGREN ALVES, José Augusto. **A arquitetura Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: FTD, 1997.

LUHMANN. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

MAIA, Marrielle. **Tribunal Penal Internacional. Aspectos institucionais, jurisdição e principio da complementariedade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MARCOU, Gerard. **Lê Tribunal Penal Internacional de Haye. Le droit à l'épreuve de la << purification ethnique >>** Paris : L'Harmattan, 2000.

MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do Tratado na Ordem Jurídica Brasileira**, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

43 MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. **Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Premier Maxima, 2005.

MELLO, Celso de Albuquerque. *et tal* . **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MILANO, Laure. **Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme**. Paris : Dalloz, 2006.

MONDAINI. **Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Contexto, 2006.

MONTOLIU, Ana Baltrán. **Los tribunales penales internacionales ad hoc para la ex-Yugoslavia y Ruanda: organización, proceso y prueba**. Valencia: Tiran Le Blanch, 2003.

46 MOREIRA, Vital., ASSUNÇÃO, Leonor e outros. **O Tribunal Penal Internacional e a ordem jurídica portuguesa**. Portugal: Coimbra Editora, 2004.

MULLER, Frederich. **Quem é o povo ?** a questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 1998.

OTERO, Juan Manuel. **El castigo y perdón en el lenguaje del derecho penal internacional**. *In*: Revista da Pós-graduação em Direito da UNICAP. Ano 3, nº 1 / 2004 / 2005.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 4ª Ed., São Paulo: Max Lemond, 2000.

_____. **Temas de direitos humanos.** 2ª Ed., São Paulo: Max Lemond, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 5ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 7ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

PROCURADORIA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Direitos Humanos: Construção da Liberdade e Igualdade.** Série Estudos, nº 11. São Paulo: Centro de Estudos, 1998.

RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade Internacional por violação de Direitos humanos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

RIBEIRO, Maria de Fátima; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Internacional dos Direitos Humanos.** Estudos em homenagem à Professora Flávia Piovesan. Curitiba: Juruá, 2006.

VELOSO, Ricardo Ribeiro. **O Tribunal Penal Internacional.** Disponível a partir de: < <http://www.mundojuridico.adv.br> > Acesso em: 12 out. 2006.

POWER, Samantha. **Genocídio.** A retórica americana em questão. São Paulo: Editora Schwarcz, 2004.

RORÍGUEZ, Nicolas Cabezudo. **La corte penal internaiconal.** Madrid: Dykinson, 2002.

RODRIGUES, Mauricio Andreiuolo. **Poder constituinte supranacional.** Esse novo personagem. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

SARLET. Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

58 SARLET. Ingo Wolfgang. *et tal.* **Direito, Estado e Democracia.** Porto Alegre: Revista Instituto de Hermenêutica Jurídica. Vol.1, 2006.

SCHAFFER, Jairo. **Classificação dos Direitos Fundamentais:** do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

SCHAFFRANSKI, Silvia Maria Derbli. **Direitos humanos & seu processo de universalização.** Curitiba: Juruá, 2003.

SEVERO NETO, Manoel. **Direito, Cidadania & Processo.** Recife: FASA, 2006.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico.** 16ª Ed. Rio de Janeiro, 1999.

SOLON, Ari Marcelo. **Teoria da Soberania como problema da norma jurídica e da decisão.** Porto Alegre: Antonio Fabris Editor, 1997.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Direito das Organizações Internacionais.** 2ªed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

Internet

Biblioteca Virtual de Direitos Humanos – Universidade de São Paulo – USP. Acesso a partir de: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Sist_glob_trat/texto/guerra/genebra.htm>. Acesso em: 20 fev. 2008.

Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas. Disponível a partir de: <<http://www.ohchr.org/FR/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>>. Acesso em 20 fev. 2008.

Direitos Humanos na Internet. Disponível a partir de: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/esttpi.htm>>. Acesso em 20 fev. 2008.

Decreto nº 4388/2002. Disponível a partir de: <<http://www.mj.gov.br/sal/tpi/decreto.htm>>. Acesso em 15 jan. 2008.

Estatuto do Tribunal Penal Internacional. Disponível a partir de: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/esttpi.htm>> . Acesso em 22 fev. 2008.

Tribunal Penal Internacional. Disponível a partir de: <<http://www.icc-cpi.int>>. Acesso em 08 jan. 2008.