

UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS MISSÕES –
URI – *CAMPUS* DE SANTO ÂNGELO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL:
O DESAFIO DA EFICÁCIA

JOÃO ALBINO DE MEDEIROS FARIAS

SANTO ÂNGELO

2008

JOÃO ALBINO DE MEDEIROS FARIAS

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL:
O DESAFIO DA EFICÁCIA

Dissertação de Mestrado em Direito para
obtenção do título de Mestre em Direito,
Universidade Regional Integrada do Alto
Uruguai e das Missões – URI – *Campus* de
Santo Ângelo, Departamento de Ciências
Sociais Aplicadas, Programa de Pós-
Graduação em Direito – Mestrado.

Orientador: Prof. Dr. Florisbal de Souza Del’Olmo

SANTO ÂNGELO

2008

JOÃO ALBINO DE MEDEIROS FARIAS

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL:
O DESAFIO DA EFICÁCIA

Dissertação de Mestrado submetido à Comissão Julgadora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Campus de Santo Ângelo como parte dos requisitos necessários à obtenção do Grau de Mestre em Direito, Área de Concentração: Direitos Especiais, Linha de Pesquisa: II – Cidadania e Novas Formas de Solução de Conflitos.

Comissão Julgadora:

Prof. Dr. Florisbal de Souza Del’Olmo, Doutor em Direito
Orientador

Professor Doutor
Examinador

Professor Doutor
Examinador

Santo Ângelo, 3 de dezembro de 2008.

DEDICATÓRIA

À minha esposa, porque apesar dos meus defeitos, percebe virtudes.

Às minhas filhas, minhas luzes para os meus crepúsculos.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por tudo...

... pela vida, ...

... pelos pais que tive, ...

... pela família que tenho, ...

... pelos colegas que se tornaram amigos, ...

... pelos amigos que se tornaram irmãos ...

... pela dádiva de fazer cruzar meu caminho o ser humano Florisbal de Souza Del'Olmo, orientador para a vida...

... pelos, ontem, professores, porém sempre, paradigmas.

Obrigado Deus, por Você existir!

Com toda humildade, acho que “o que quer que tenhas a fazer, faze-o com todas as tuas forças” é infinitamente mais importante do que a vã tentativa de amar ao próximo como a si mesmo. Se queres acertar um pássaro em pleno vôo, é preciso que concentres toda a tua vontade, não deves estar pensando em ti mesmo e, da mesma maneira, não deves estar pensando no teu próximo: deves estar vivendo no teu olho sobre aquele pássaro. Toda a realização é um pássaro em pleno vôo.

Oliver Wendell Holmes Junior, jurista norte-americano (1841-1935)

RESUMO

Este trabalho versa acerca da eficácia do Tribunal Penal Internacional. Aspectos históricos que precederam a criação do Tribunal, a aprovação e entrada em vigor do Estatuto de Roma, a estrutura e funcionamento, sua composição, seus princípios norteadores, a competência *ratione materie* e as penas aplicáveis. Posteriormente, na teoria geral da eficácia, trazemos a lume o conceito de eficácia, eficácia de Direito interno – teorias dualista e monista – e eficácia de Direito Internacional. Relativo ao Direito interno, faz-se menção da internalização do Tratado pelo ordenamento jurídico brasileiro, subscrição e posterior ratificação pelo Brasil. Estuda-se, também, reflexos da entrada em vigor da Emenda Constitucional n° 45/ 2004, que introduziu o § 4º, ao art. 5º, da Carta Política, segundo o qual o Brasil reconheceu constitucionalmente a jurisdição do TPI. A seguir, passa-se à análise das antinomias – reais ou aparentes – entre o Estatuto de Roma e a Constituição Federal: a entrega de nacionais ao TPI, a instituição da prisão perpétua pelo Estatuto, as imunidades em geral e as relativas ao foro por prerrogativa de função, a reserva legal e o respeito à coisa julgada. Na eficácia de Direito Internacional verificamos os obstáculos que o TPI enfrentará para a sua plena efetividade. Derradeiramente, a eficácia do TPI, onde enfrentamos as questões da não subscrição e/ou não ratificação do Tratado pelos Estados, a prescritibilidade de Direito interno, imprescritibilidade na esfera internacional, o direito de asilo e a aplicação da lei mais benéfica. Encerramos dissertando sobre o princípio da primazia, o princípio da complementaridade e a soberania. É uma tentativa de dar uma visão sobre aspectos que dificultam a eficácia do TPI, conscientes de que o Tribunal só alcançará seu objetivo se os Estados, Partes ou não partes do Estatuto de Roma, fizerem prevalecer a proteção universal dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Palavras-chave:

Tribunal Penal Internacional – eficácia – Direito interno – Direito Internacional – subscrição – ratificação – prescritibilidade – imprescritibilidade – direito de asilo – lei mais benéfica – primazia – complementaridade – soberania.

RESUMEN

Este trabajo versa sobre la eficacia de la Corte Penal Internacional. Aspectos históricos que precedieron a la creación del Tribunal, la aprobación y entrada en vigor del Estatuto de Roma, la estructura y el funcionamiento, su composición, sus principios rectores, la competencia *ratione materiales* y las penas. Posteriormente, la teoría general de la eficiencia, sacar a la luz el concepto de la eficiencia, la eficacia de la legislación nacional - teorías monista y dualista - y la eficacia del Derecho Internacional. En el derecho interno, hacemos mención a la internalización del Tratado por la legislación brasileña, la suscripción y posterior ratificación por el Brasil. Se estudiaron los efectos de la entrada en vigor de la Enmienda Constitucional n° 45/2004, que introdujo el apartado 4, sobre el artículo 5, de la Carta Política, en virtud de la cual Brasil reconoció constitucionalmente la competencia de la Corte Penal Internacional. En continuación, hacemos el análisis de los enfrentamientos - real o aparente - entre el Estatuto de Roma y la Constitución: la entrega de nacionales a la Corte Penal Internacional, la imposición de cadena perpetua por el Estatuto, las inmunidades en general y las relativas a la prerrogativa de foro función de la reserva legal y el respeto de la cosa juzgada. La eficacia del derecho internacional vamos a ver los obstáculos que se enfrentan a la Corte Penal Internacional para su plena eficacia. En última instancia, la eficacia de la Corte Penal Internacional, donde nos enfrentamos a las cuestiones de la no suscripción y /o la no ratificación del Tratado por los Estados, la prescribibilidad del Derecho interno, imprescribibilidad en el ámbito internacional, el derecho de asilo y la aplicación de la ley más beneficiosa. Finalizado el discurso sobre el principio de primacía, el principio de la complementariedad y la soberanía. Se trata de un intento de dar una idea de las cuestiones que dificultan la eficacia de la Corte Penal Internacional, consciente de que el Tribunal llegue a su meta sólo si los Estados que no son parte o partes del Estatuto de Roma, hagan establecer la protección universal de los Derechos Humanos y del Ciudadano.

Palavras-llaves:

Corte Penal Internacional – la eficacia – la legislación nacional – el derecho internacional – la firma – ratificación – prescribibilidad – imprescribibilidad – el asilo – la ley más favorable – la primacía – la complementariedad – la soberanía.

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS	9
1 O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL	15
1.1 PRECEDENTES HISTÓRICOS	15
1.2 APROVAÇÃO E ENTRADA EM VIGOR DO ESTATUTO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL	19
1.3 ESTRUTURA E FUNCIONAMENTO DO TRIBUNAL	23
1.3.1 Composição	23
1.3.2 Funcionamento do TPI	27
1.3.3 Princípios	41
1.3.4 Competência racione materie.....	53
1.3.5 Penas aplicáveis.....	56
2 TEORIA GERAL DA EFICÁCIA	57
2.1 CONCEITO.....	57
2.2 EFICÁCIA DE DIREITO INTERNO.....	72
2.2.1 Teoria dualista	73
2.2.2 Teoria monista	75
2.2.3 O Tribunal Penal Internacional e o ordenamento jurídico brasileiro	87
2.3 EFICÁCIA DE DIREITO INTERNACIONAL	97
3 A EFICÁCIA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.....	114
3.1 A NÃO SUBSCRIÇÃO E/OU NÃO RATIFICAÇÃO DO TRATADO DE ROMA PELOS ESTADOS.....	114
3.2 PRESCRITIBILIDADE DE DIREITO INTERNO, IMPRESCRITIBILIDADE NA ESFERA INTERNACIONAL, O DIREITO DE ASILO E A APLICAÇÃO DA LEI MAIS BENÉFICA	123
3.3 O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA, O PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE E A SOBERANIA.....	142
CONSIDERAÇÕES FINAIS	149
REFERÊNCIAS.....	155

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os estudos relacionados à justiça, à validade e à eficácia das normas jurídicas é um dos temas de maior complexidade e importância, não só para juristas e operadores do direito, mas também para filósofos, lógicos e sociólogos. Saber se uma norma jurídica é justa ou injusta, válida ou inválida, eficaz ou ineficaz redonda, respectivamente, nos problemas da justiça, da validade e da eficácia da norma jurídica.

Sobreleva destacar, de início, a existência de acirrada discordância entre juristas e filósofos, no concernente àqueles problemas, a começar pelas diversas denominações e conceitos das expressões, tendo em vista que não há a desejável uniformidade doutrinária no tocante ao emprego das expressões justiça, validade, validez, vigência e eficácia.

A eficácia jurídica advém da força jurídica ou dos efeitos legais atribuídos ao ato jurídico, em virtude da qual deve ser o mesmo cumprido ou respeitado, segundo as determinações, que nele se contém. Eficácia jurídica da lei, assim se diz dos efeitos que a lei produz após entrar em vigência, seja em relação ao tempo de sua obrigatoriedade (eficácia de lei no tempo), seja em relação ao território em que passa a vigorar e tem aplicação (eficácia da lei no espaço).¹

Poucos textos filosóficos continuam tão atuais e debatidos quanto o opúsculo “À Paz Perpétua”, de *Immanuel Kant*, publicado no ano de 1795². Nesta obra, a paz – que se configura como o cerne de toda a obra – não se caracteriza como uma simples utopia, mas revela-se como o único caminho a ser percorrido para o estabelecimento e manutenção de um Estado pacífico mundial.

Diante do contexto mundial que se apresenta, entendemos que a obra kantiana serve como fundamento para os processos de integração regional e instituição de Organizações Internacionais que visem a manutenção da paz, legitimando, inclusive, a criação de Tribunais Internacionais Permanentes.

¹ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 138-139.

² KANT, Immanuel. **À paz perpétua e outros opúsculos**. São Paulo: Edições 70, 1995.

A partir da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 começa a ser delineado o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de importantes tratados de proteção, de alcance global (emanados da ONU) e regional (emanados dos sistemas europeu, interamericano e africano). Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, os sistemas global e regional compõem o universo instrumental de proteção no plano internacional. Em face deste complexo aparato normativo, os diversos sistemas de proteção de Direitos Humanos devem interagir em benefício dos indivíduos protegidos. Ao adotar o valor da primazia da pessoa humana, estes sistemas se complementam, somando-se ao sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais.

Em um momento marcado pela crescente *justicialização* do Direito Internacional dos Direitos Humanos (a exemplo, a criação do Tribunal Penal Internacional, Corte criminal de caráter permanente), bem como pela intensa criação de aparato internacional de proteção dos Direitos Humanos, impõe-se à cultura jurídica o desafio de criar, desenvolver, aprofundar e integralizar as doutrinas nacional e internacional nesta matéria.

Percebe-se a propagação do esforço de desvendar uma visão renovada e contemporânea do Direito, caracterizada pela dinâmica interação da ordem jurídica nacional, regional e global, movidas por uma mesma racionalidade e sentido: a absoluta prevalência da dignidade humana. Neste cenário, a crescente internacionalização dos Direitos Humanos passa a invocar os delineamentos de uma cidadania universal, da qual emanam direitos e garantias internacionalmente assegurados. O direito, por conseguinte, deve emoldurar-se aos novos reclamos sociais, tendo em vista que o cidadão tornou-se internacional, universalizou-se.

Tendo em vista os reclamos sociais pela extinção da impunidade, faz-se mister a criação de mecanismos que garantam a paz social, sobretudo, imputando culpabilidade aos delinquentes. O anseio por um organismo internacional de caráter permanente, com atribuição de julgar crimes de âmbito internacional – especialmente, crimes contra a humanidade – dista de longa data.

Ao retrairmos no tempo, encontraremos soluções pontuais para situações específicas, com vistas à punição de crimes que horrorizaram a humanidade, como é o caso dos Tribunais de Nuremberg, Tribunal de Tóquio, o Tribunal Internacional para a ex-Iugoslávia e o Tribunal Internacional para Ruanda. Entretanto, não é crível à sociedade, a cada episódio criminoso, estabelecer uma regra e um tribunal para julgar os infratores. O simples fato de tais organismos de julgamento representarem a figura dos temidos tribunais de exceção, fragiliza-

os. Tais precedentes são sempre questionáveis por serem perigosos e temerosos por não ofertarem meios de controle. Ainda mais se considerarmos a diversidade cultural, com o embate cada vez mais evidente entre correntes dominantes e dominadas. Assim, a evolução de procedimentos pré-determinados de julgamento de crimes transnacionais estava a reclamar uma sistematização eficaz, tanto no aspecto da aproximação dos indivíduos quanto no aspecto da evolução delitiva, em decorrência dessa mesma interligação entre os povos.

O recém criado Tribunal Penal Internacional é a mais recente via de combate à impunidade, inclusive trazendo novas figuras jurídicas – a entrega de nacionais, por exemplo – que aliado as já existentes – extradição, deportação e expulsão – visa comprovar a preconização de Beccaria³: *Não é a gravidade da pena que inibe o crime, mas certeza da punição.*

Assim sendo, neste breve estudo, partimos da idéia de que o Tribunal Penal Internacional vem atender uma antiga reivindicação da sociedade, abandonando-se a idéia da formação dos Tribunais *ad hoc*. Por conseguinte, pretendemos verificar se suas decisões terão a eficácia pretendida pelo simples fato de serem alicerçadas em lei internacional, ou seja, em um tratado. Faz-se necessário destacar que as multiculturas criam uma plêiade de ações que, em determinados locais, são consideradas criminosas e, em outros, são meras práticas de preservação da própria cultura.

A problemática central deste estudo, portanto, reside na análise da eficácia jurídica e social de um organismo internacional, o TPI, criado para dar legalidade e legitimidade ao combate às ações delituosas, respeitando às diferentes culturas da sociedade, que reclamava pela existência de uma Corte Internacional Permanente.

Sendo um tribunal criado para julgar os crimes de âmbito internacional, considerando-se que a sociedade é composta de multiculturas, as quais dão suporte fático à distinção dos ordenamentos jurídicos, então, surgem as indagações acerca dos principais desafios à eficácia do Tribunal Penal Internacional: a não subscrição e/ou não ratificação do Tratado de Roma pelos Estados – alguns com forte representatividade – trouxe como conseqüência dúvidas acerca do poder coercitivo do Tribunal? A difícil conciliação entre a eficácia dos tratados internacionais no âmbito do Direito interno e a ampliação da eficácia do Direito interno dos Estados em âmbito internacional, tornam complexa a eficácia jurídica e a eficácia social de uma jurisdição de caráter internacional? A contradição entre a prescritibilidade interna dos crimes e a imprescritibilidade na esfera internacional, aliada à

³ BECCARIA. Cesare Bonesana. Marchesi de. **Dos delitos e das penas**. Tradução Lucia Guidicini e Alessandro Beni Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 23.

aplicação da lei mais benéfica e o direito de asilo, ocasionará a impossibilidade da entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional pelos Estados? E mais, consoante os princípios da primazia e da complementaridade – segundo o qual o Tribunal Penal Internacional só pode atuar a partir da omissão do Estado que teria competência para julgar o infrator – a dificuldade de se precisar o momento dessa omissão é um entrave para a eficácia do Tribunal Penal Internacional frente ao argumento do exercício da soberania?

Na intenção de responder tais questionamentos, inicialmente discorreremos sobre o Tribunal Penal Internacional, desde os precedentes históricos, a aprovação e entrada em vigor do Estatuto de Roma, a estrutura e funcionamento do Tribunal, sua composição, funcionamento, os princípios que nortearão as ações do TPI e as penas aplicáveis. A seguir, analisaremos a questão da eficácia, descrevendo conceitos doutrinários. Ao estudarmos a eficácia de Direito Interno, abordamos as teorias dualista e monista. Momento seguinte, adentramos na análise do Tribunal Penal Internacional e o ordenamento jurídico brasileiro, buscando verificar as conseqüências da subscrição do Brasil ao Tratado de Roma, da entrada em vigor da EC nº 45 e as antinomias – reais ou aparentes – entre o Estatuto de Roma e a Constituição Federal, tais como, a entrega de nacionais, a instituição da prisão perpétua, as imunidades em geral e as relativas ao foro por prerrogativa de função, a reserva legal e o respeito à coisa julgada. Com relação à eficácia de Direito Internacional, objetivamos demonstrar que as novas relações internacionais também reclamam um novo Direito Internacional Público, o qual deve evoluir para atender as novas situações advindas, não obstante as dificuldades impostas pela sociedade multicultural.

Ao enveredarmos para o terreno inquietante da eficácia do Tribunal Penal Internacional, constatamos as implicações da não subscrição e/ou não ratificação do Tratado de Roma pelos Estados. Do confronto da prescritibilidade de Direito interno, imprescritibilidade de Direito Internacional, o direito de asilo e a aplicação da lei mais benéfica surgem outros obstáculos à eficácia do Tribunal Penal Internacional.

Derradeiramente, examinamos o princípio da primazia do Direito interno dos Estados sobre a jurisdição de Direito Internacional. Já com relação ao princípio da complementaridade, buscamos demonstrar a dificuldade de se precisar o momento a partir do qual o TPI estaria legalmente investido da jurisdição e legitimado a agir, em face da omissão do Estado Parte que teria a competência originária para processar e julgar o(s) delito(s). Ainda, detectamos que a internacionalização do cidadão, sobretudo, reclama uma ação estatal para efetivação e proteção dos Direitos Humanos desse novo homem universal, requerendo releitura de antigos conceitos e dogmas, sob pena da tão almejada eficácia não passar de mera

aspiração. O conceito de Soberania, sofreu mudanças no decorrer dos tempos, sobretudo após a segunda metade do séc. XX, com o término da Segunda Guerra Mundial.

Com a assinatura do Tratado de Roma, os conceitos tradicionais de Direito Internacional Público e soberania são abalados, uma vez que os Estados exportam parte sua soberania em favor de instituições internacionais, as quais editam normas supranacionais, caso do Tribunal Penal Internacional.

Na intenção de responder tais questionamentos, inicialmente discorreremos sobre alguns Tribunais *ad hoc*, demonstrando-se que, através dos mesmos, eram consagrados a ‘justiça dos vencedores’, tendo em vista que somente os vencidos eram julgados.

Momento seguinte, ao enveredarmos para o terreno inquietante da eficácia das decisões e, atentos ao multiculturalismo, analisaremos a relação direta e a influência dos costumes como fonte legal – consideramos o costume uma lei não escrita, mas com observância até maior que o próprio direito positivado – e legitimadora, alcançando a regionalização, não apenas como prática possível e recomendável, mas como verdadeiro requisito da eficácia dos julgados do Tribunal Penal Internacional.

Assim sendo, neste breve estudo, partimos da idéia de que o Direito é um instrumento de pacificação e controle social, promovedor da justiça, sobretudo, garantindo os direitos fundamentais do ser humano onde quer que este se encontre, dentro ou fora do território do seu Estado de origem. O desiderato maior, a justiça, só será alcançada se houver pacificação social, que pode ser atingida por meio da repressão judicial – caso do Direito Penal – ou por intermédio da resolução de conflitos – caso dos diversos ramos do direito na esfera cível.

Pretendemos verificar, por conseguinte, se o Estatuto de Roma terá a eficácia jurídica e a eficácia social – efetividade – pretendida, capaz de constituir-se no importante mecanismo de prevenção e repressão às agressões perpetradas contra os Direitos Humanos, constituindo-se veículo para alcançar a justiça, mormente, na sociedade multicultural em tempos de globalização. É necessário destacar que as multiculturais criam uma plêiade de ações que, em determinados locais são, até mesmo, consideradas criminosas e, em outras comunidades, são meras práticas de preservação da própria cultura.

Também confrontamos a eficácia do Estatuto de Roma que criou o Tribunal Penal Internacional perante o Direito Interno dos Estados Partes que, a exemplo do Brasil, consagram em seus ordenamentos jurídicos institutos que, aparentemente, são divergentes dos constantes no Estatuto do TPI.

O objetivo último deste estudo é pela conclusão que os obstáculos à eficácia jurídica e social do Tribunal Penal Internacional sucumbem se os Estados Partes e não partes do Tratado de Roma cooperarem com a solidificação do mesmo, pois a eficácia TPI é, também, uma afirmação da própria soberania estatal, que ao invés de importar uma legislação, exporta parcela da sua soberania em favor da proteção dos Direitos Humanos, em prol do cidadão, razão maior de ser do Estado.

1 O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

1.1 PRECEDENTES HISTÓRICOS

O fundamento mais remoto da era cristã de um tribunal penal *ad hoc* é aquele em que Cristo foi julgado, ocasião em que o juiz, ao não julgar – ao lavar as mãos – condenou. Em outra época mais próxima da que vivemos, há a instituição de corte penal no plano internacional no ano de 1474 quando, em *Breisach*, cidade alemã, instituiu-se um tribunal penal para julgar *Peter Von Hagenbach*, por haver consentido que suas tropas estuprassem e levassem à morte centenas de civis, com sucessivos saques às suas propriedades.⁴

Alguns séculos depois, mais precisamente no ano de 1862, o suíço *Gustav Moynier*, um dos fundadores da Cruz Vermelha, horrorizado com as crueldades cometidas durante a guerra franco-prussiana, propôs a criação de um estatuto e de um tribunal internacional contra os crimes de guerra, composto por 5 juízes (dos quais 2 indicados pelos beligerantes e 3 pelos Estados neutros), para julgar e punir aqueles que, durante as hostilidades, violassem a normatividade internacional vigente. Sua proposta, no entanto, não encontrou maior receptividade.⁵

No final do século XIX e princípio do século XX, constata-se a existência de uma série de tratados e convenções nos quais foram reconhecidas as ilicitudes de determinadas condutas dos indivíduos. Destaca-se, nesse patamar, a Convenção de Genebra de 1864 – que codificou a neutralidade, não obstante enfatizando a proteção de feridos e doentes – a Declaração de São Petersburgo de 1868 – também codificou a neutralidade, e restringiu a utilização de certos armamentos – a Declaração de Bruxelas de 1874 – delimitou a distinção entre militares e civis no caso de conflitos armados – e, de forma mais incisiva, as duas Convenções de Paz de Haia, de 1899 e 1907⁶, respectivamente. Estas realçam o desenvolvimento do direito da guerra, pois visam à prevenção dos conflitos armados, à disciplina da condução das hostilidades e do regime da neutralidade, proporcionando avanços no domínio humanitário.

⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O tribunal penal internacional e o direito brasileiro**. São Paulo: Premier Máxima, 2005. p. 30.

⁵ Idem, *ibidem*.

⁶ Estabelecia em seu art. 1º: *Tendo em vista prevenir, tanto quanto possível, o recurso à força nas relações entre os Estados, as potências contratantes concordam em envidar todos os seus esforços para assegurar a resolução pacífica dos conflitos internacionais.*

Foi tão somente a partir do final da Primeira Guerra Mundial⁷, que a sociedade internacional efetivamente pretendeu consagrar a culpabilidade penal internacional, constituindo, em 1919, uma Comissão de Inquérito sobre a responsabilidade dos autores dos crimes cometidos durante essa hecatombe. Tal fato se deu quando o Tratado de Versalhes pretendeu, sem sucesso, chamar a julgamento o ex-‘Kaiser’ Guilherme II, *por ofensa suprema à moralidade internacional e à autoridade dos tratados*, determinando o seu processo criminal (art. 227), mediante o estabelecimento de um tribunal penal internacional (arts. 228 e 229). O Tratado de Versalhes, inobstante não ter atingido seu desiderato^{8 9}, representa a primeira alusão à existência de uma norma de natureza universal, transcendente às fronteiras da soberania, embora sendo fruto da lógica dos vencedores, não oriundo de uma consciência coletiva.¹⁰

Em seguida, a responsabilização penal pessoal volta à tona quando o Tratado de Sèvres, que nunca foi ratificado pela Turquia, pretendeu responsabilizar o Governo Otomano pelo massacre de quase um milhão de armênios, tendo sido este o primeiro genocídio do século XX¹¹.

Críticas foram formuladas em relação às razões de tais pretensões, no sentido de que as mesmas não seriam imparciais ou universais, posto que fundadas no princípio segundo o qual somente o vencido poderia ser julgado (consagração da justiça dos vencedores), bem como de que estaria sendo desrespeitado o princípio da não-seletividade na condução de julgamentos internacionais, o fato concreto é que tais critérios foram sim utilizados, de maneira preliminar.¹²

Advém o Acordo de *Saint James* – ou Acordo de Londres – em 1941, que estabeleceu uma Comissão dos Crimes de Guerra das Nações Unidas, tornando-se mais um importante impulso à criação de uma Justiça Internacional, pois até esse momento, somente crimes de guerra eram tipificados. O extermínio de milhões de pessoas, por razões puramente raciais, pelos nazistas, culminou com a conclusão do Acordo de Londres, em 08 de agosto de 1945 – *Control Council Law* nº 10 (instrumento da Cúpula dos Aliados) – que instituiu o

⁷ Primeira Guerra Mundial, Primeira Grande Guerra e Primeira Guerra são expressões, que no nosso estudo, serão usadas como sinônimas.

⁸ Dos 896 acusados de crimes contra a humanidade, apenas 45 foram submetidos a julgamento por tribunais aliados e somente 9 foram condenados. O Imperador alemão nunca foi julgado. Sobre os julgamentos, Marrielle Maia comenta: “Naquele momento, a justiça foi sacrificada em favor da política.”

⁹ MAIA, Marrielle. **Tribunal penal internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementariedade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 47

¹⁰ GORAIEB, Elizabeth. Tribunal penal internacional: uma conquista contra a impunidade. In: **Curso de direito internacional contemporâneo**. Florisbal de Souza Del`Olmo (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 244.

¹¹ MAZZUOLI, op. cit., p. 31.

¹² Idem, p. 550.

Tribunal Militar Internacional de Nuremberg e, em 1946, o Tribunal de Tóquio¹³, pelo Chefe supremo das nações aliadas, o General Mac Arthur. É o primeiro ato da comunidade internacional para o estabelecimento de uma justiça penal internacional.

Os princípios que foram estabelecidos em Nuremberg fornecem a base jurídica para a modernidade, notadamente no que concerne à definição dos crimes contra a humanidade.¹⁴

Assim, com o fim da Segunda Guerra Mundial e a constituição do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, bem como do Tribunal de Tóquio, afirmou-se a pretensão de criação de uma Corte Penal Internacional Permanente. Em 1947, a Assembléia-Geral das Nações Unidas dá início a elaboração do Código de Crimes Contra a Paz e a Segurança da Humanidade.

No ano de 1948, a Comissão de Direito Internacional é convidada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas a examinar a oportunidade de criação de um organismo judicial penal internacional, notadamente, de uma câmara penal da Corte Internacional de Justiça.

Todas essas tensões internacionais, advindas desde a Primeira Guerra, tornavam ainda mais premente, a criação de uma Justiça Penal Internacional de caráter permanente, notadamente após a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, da celebração da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, no mesmo ano, das quatro Convenções de Genebra sobre o Direito Humanitário, em 1949, e de seus dois Protocolos Adicionais, de 1977, da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes de Lesa Humanidade, em 1968, e dos Princípios de Cooperação Internacional para Identificação, Detenção, Extradicação e Castigo dos Culpáveis de Crimes de Guerra ou de Crimes de Lesa Humanidade, em 1973.¹⁵

Já mais recentemente, por deliberação do Conselho de Segurança das Nações Unidas, com a participação e voto favorável do Brasil, foram também criados outros dois tribunais internacionais de caráter não-permanente, ou seja, tribunais *ad hoc*. Em 1993, foi instituído o Tribunal Penal Internacional para a ex Iugoslávia, com sede na Holanda, com a competência de julgar as atrocidades praticadas, desde 1991, no território da antiga Iugoslávia.¹⁶

Em 1994, houve a criação do Tribunal Penal Internacional para Ruanda, com sede na Tanzânia, para julgar as inúmeras violações de Direitos Humanos de idêntica gravidade perpetradas em Ruanda.¹⁷

¹³ Também denominado Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente.

¹⁴ GORAIEB, op. cit., p. 245.

¹⁵ Idem, p. 550.

¹⁶ Idem, p. 244.

¹⁷ Idem, p. 266-275.

Apesar do entendimento, já consagrado pela consciência coletiva mundial, de que aqueles que perpetraram atos bárbaros e hediondos contra a dignidade humana devam ser punidos internacionalmente, os tribunais *ad hoc* não passaram imunes a críticas, dentre elas a de que tais tribunais (que não têm caráter permanente) foram criados por resoluções do Conselho de Segurança da ONU e não por tratados internacionais multilaterais, como foi o caso do Tribunal Penal Internacional¹⁸, o que poderia prejudicar (pelo menos em parte) o estabelecimento concreto de uma Justiça Penal Internacional de caráter permanente.¹⁹

Outra crítica assaz contundente voltada àqueles tribunais *ad hoc* – que já se ouvia desde a criação do Tribunal de Nuremberg – era no sentido de que os mesmos violavam a regra basilar do Direito Penal, segundo a qual o juiz, assim como a lei, deve ser preconstituído ao cometimento do crime e não *ex post facto*^{20 21}. Foi justamente porque tais tribunais tiveram sua criação condicionada pelos fatos que imediatamente a antecederam, que alguns países, dentre eles o Brasil, ao aprovarem a instituição de tribunais *ad hoc*, expressamente manifestaram-se pela criação, por meio de um tratado internacional, de uma corte penal internacional permanente, independente e imparcial, competente para o processo e julgamento dos crimes perpetrados depois de sua entrada em vigor no plano internacional. Entretanto, a grande mácula da Carta das Nações Unidas, neste ponto, ainda é a de que jamais o Conselho de Segurança poderá criar tribunais com competência para julgar e punir eventuais crimes cometidos por nacionais dos seus Estados-membros com assento permanente. Daí o motivo pelo qual avultava de importância a criação e o estabelecimento efetivo de uma instância penal internacional, de caráter permanente.²²

Como resposta a esse antigo anseio da sociedade internacional, no sentido de estabelecer uma corte criminal internacional de caráter permanente, extirpando-se a prática da criação de tribunais *ad hoc*, finalmente vem à luz o Tribunal Penal Internacional (TPI), pelo Estatuto de Roma²³ de 1998. Trata-se da primeira instituição permanente de justiça penal internacional, com competência para processar e julgar os chamados crimes internacionais,

¹⁸ Tribunal Penal Internacional, TPI, Tribunal, CIC, Corte Criminal Internacional e Corte são expressões sinônimas no nosso estudo.

¹⁹ JARDIM, Tarciso Dal Maso. O tribunal penal internacional e sua importância para os direitos humanos. *In: O que é o tribunal penal internacional*. Brasília: Câmara dos Deputados/Coordenação de Publicações, 2000 (Série ação parlamentar, nº 110, p. 16-17).

²⁰ FELIPE, Donaldo J. **Dicionário de expressões latinas**. Campinas: Julex Livros Ltda, 1985. 1v.

²¹ Expressão latina, cuja tradução para o vernáculo significa: *após o fato acontecido, posteriormente à ocorrência do fato*.

²² MAZZUOLI, op. cit., p. 550.

²³ Estatuto de Roma, Estatuto do TPI, Estatuto do Tribunal Penal Internacional, Estatuto do Tribunal e Estatuto são expressões sinônimas neste nosso estudo.

entendendo-se como tais, as violações das obrigações essenciais para a manutenção da paz e da segurança da sociedade internacional em seu conjunto.

A idéia da criação dessa jurisdição internacional foi lançada há cinquenta anos, e não é audacioso dizer que foi no fim de um longo e trabalhoso caminhar que essa instituição nasceu: na dor.²⁴

A aprovação e entrada em vigor do Estatuto de Roma representa uma nova luz no combate às atrocidades internacionais, merecendo a análise a seguir.

1.2 APROVAÇÃO E ENTRADA EM VIGOR DO ESTATUTO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

O discurso do Secretário-Geral da ONU, *Kofi Annan*, abriu a Conferência de Plenipotenciários Sobre o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional, em Roma, no dia 15 de junho de 1998. Após, pronunciou-se o Presidente eleito para a conferência, *Giovanni Conso*, ex-ministro da Justiça da Itália. O cargo de presidente do Comitê Plenário foi ocupado pelo embaixador do Canadá, *Philipp Kirsh*. O Comitê de Redação do Estatuto do TPI foi presidido pelo egípcio *Cherif Bassiouni*.²⁵

Aprovado em 17 de julho de 1998, em Roma, na Conferência Diplomática de Plenipotenciários^{26 27} das Nações Unidas, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional teve por finalidade constituir uma corte internacional com jurisdição criminal permanente, dotada de personalidade jurídica própria, com sede na Haia, na Holanda. Foi aprovado por 120 Estados, contra apenas 7 votos contrários – Estados Unidos, China, Iêmen, Iraque, Israel, Líbia e Qatar – e 21 abstenções. Embora suas posições originais, os Estados Unidos e Israel, levando em conta a má repercussão internacional ocasionada pelos votos em contrário, acabaram assinando o Estatuto em 31 de dezembro de 2000. A ratificação do Estatuto, todavia, por essas mesmas potências, tornou-se praticamente fora de cogitação após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001 em Nova York e Washington, bem como após as operações de guerra subseqüentes no Afeganistão e Palestina. Assim foi que em 6 de maio

²⁴ BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A justiça penal internacional**: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia. Tradução Luciana Pinto Venâncio. Barueri (SP): Manole, 2004. p. 10 - 11.

²⁵ O histórico dos trabalhos do Estatuto do TPI, desde sua origem até conseqüente adoção, pode ser encontrado no documento A/CONF.183/10, 17 de julho de 1998. Disponível em: <http://www.un.org/icc/index.htm> Acesso em: [s.d.].

²⁶ Plenipotenciário: ocorre quando o ministro das relações exteriores, ou chefe de missão diplomática, ou um outro terceiro dignatário adquire qualidade representativa ampla para a celebração de tratados por meio da outorga de plenos poderes.

²⁷ RESEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.

de 2002, e em 28 de agosto do mesmo ano, Estados Unidos e Israel, respectivamente, notificaram formalmente o Secretário-Geral das Nações Unidas de que não tinham a intenção de se tornar partes no respectivo tratado.²⁸

Merece ênfase especial o fato de que o Estatuto de Roma é fruto de uma Convenção Internacional, que o difere dos demais tribunais penais *ad hoc* anteriormente criados, cuja origem assentava-se em Resoluções do Conselho de Segurança da ONU²⁹. Nesse sentido, o Estatuto estipulava, em seu art. 126, que o TPI entraria em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um período de 60 dias após a data do depósito do sexagésimo instrumento de ratificação. Requeria-se, ainda, que os Estados demonstrassem intenção de se submeterem às regras estipuladas no Estatuto de Roma. Em 11 de abril de 2002, o Estatuto já contava com as 60 ratificações necessárias e, em 1º de julho de 2002, entrou em vigor.

Gilberto Vergne Sabóia, Embaixador e Chefe da Delegação brasileira junto à Conferência de Plenipotenciários das Nações Unidas sobre o estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional, assim se manifestou a respeito da criação do TPI:

A aprovação do Estatuto de Roma que cria o Tribunal Penal Internacional é, sem dúvida, um dos marcos mais significativos no desenvolvimento do Direito Internacional nas últimas décadas.

Várias circunstâncias contribuíram para que esse resultado, cujos antecedentes remontam a mais de 50 anos, pudesse ser alcançado antes do final do século:

- a) O fim da guerra fria tornou menos rígidos os alinhamentos ideológicos que bloqueavam a evolução do Direito Internacional nessa direção;
- b) A globalização e a interdependência acentuaram a necessidade de maior coordenação e normatividade em diversas áreas das relações internacionais, inclusive como proteção contra a atuação ilícita de atores não estatais;
- c) As tendências de fragmentação liberadas pelo fim da guerra fria levaram à irrupção de conflitos étnicos, raciais e religiosos, na maioria dos casos não-internacionais, em que ocorreram catástrofes humanitárias e massacres, ameaçando a ordem jurídica e pondo em risco a paz e a segurança internacionais, reforçando assim a opinião dos Estados, de outros atores internacionais e da opinião pública em favor do reforço da capacidade de sanção do Direito Internacional nesse terreno³⁰.

A evolução do Direito Internacional Penal, por conseguinte, é consagrada no Estatuto do Tribunal Penal Internacional, que é composto por um total de 128 artigos com um Preâmbulo e treze partes (capítulos), quais sejam: criação do Tribunal; competência,

²⁸ MAZZUOLI, op. cit., p. 551.

²⁹ Resoluções 827 (1993) e 955 (1994).

³⁰ SABÓIA, Gilberto Vergne. **A criação do tribunal penal internacional**. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero11/agosto2000.htm>>. Acesso em: 21 fev. 2007. Texto produzido pelo autor, baseado em conferência proferida no Seminário Internacional “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira”, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 29 de setembro de 1999, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília-DF.

admissibilidade e direito aplicável; princípios gerais de direito penal; composição e administração do Tribunal; inquérito e procedimento criminal; o julgamento; as penas; recurso e revisão; cooperação internacional e auxílio judiciário; execução da pena; Assembléia dos Estados Partes; financiamento; e cláusulas finais.

Com relação ao Preâmbulo do Estatuto, é importante ressaltar que é um elemento formal constituinte do tratado, visto que expõe os motivos pelos quais o TPI se justifica. Nesse prisma, enaltece a emergência do TPI, tendo como referência o fato de milhões de crianças, mulheres e homens terem sido vítimas de *atrocidades que desafiam a imaginação e chocam profundamente a consciência da humanidade*.³¹ Na ordem internacional o preâmbulo não possui força obrigatória, constituindo-se elemento de interpretação dos tratados.

A parte I é intitulada “Estabelecimento do Tribunal”, composta pelos arts. 1 a 4. Estabelece que o Estatuto é um instrumento pelo qual o Tribunal Penal Internacional está sendo criado. O TPI será sediado em Haia, devendo estabelecer relações com a ONU. Terá o poder de exercer jurisdição sobre os mais sérios crimes internacionais. Com personalidade jurídica internacional, seus poderes e funções podem ser exercidos em qualquer Estado Parte. Por acordo especial, também no território de qualquer outro Estado.

A II parte, “Jurisdição, Admissibilidade e Direito Aplicável”, é composta pelos arts. 5 a 21. Estipula a competência do TPI para julgar quatro crimes: genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão. Este consiste em novidade em relação aos tribunais ‘ad hoc’. O art. 5 (2) condiciona a competência do Tribunal sobre o crime de agressão à definição de tal crime.

A parte III do Estatuto, trata dos “Princípios Gerais de Direito Penal”, compreendida pelos arts. 22 a 33. Consagram-se os princípios da responsabilidade penal internacional individual, princípio da legalidade, princípio da irretroatividade e da imprescritibilidade e o princípio da irrelevância da função oficial.

A “Composição e Administração do Tribunal” forma a parte IV, dos arts. 34 a 52. Estipula que o TPI será composto por: a) Presidência, incluindo o Presidente, o 1º e o 2º Vice-Presidentes do Tribunal; b) uma seção de Apelações, uma Seção de Julgamento em Primeira Instância e uma Seção de Instrução ou de Questões Preliminares; c) o Gabinete do Promotor; d) Secretaria. Consoante o art. 50 do Estatuto, as línguas árabe, chinesa, espanhola, francesa,

³¹ Preâmbulo do Estatuto do TPI. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/about.html>. Acesso em: [s.d].

inglesa e russa – os idiomas oficiais das Nações Unidas – serão as línguas oficiais do Tribunal^{32 33}. Os idiomas de trabalho serão o francês e o inglês.

A parte V, intitulada “Inquérito e Procedimento Criminal”, composta pelos arts. 53 a 61, especifica, as etapas que devem ser percorridas pelo Promotor quando iniciar uma investigação. Estabelece suas responsabilidades e poderes no que tange aos procedimentos a serem seguidos, os direitos das pessoas no decurso do inquérito, assim como o procedimento de detenção no Estado da execução da pena.

“O Julgamento” pertence à parte VI e abrange os arts. 62 a 76, estabelecendo as garantias do acusado, das vítimas e das testemunhas.

Do art. 70 ao 80 temos a parte VII, cujas disposições versam acerca das penas que podem ser impostas pelo TPI. Essas penas são: pena de prisão que não exceda 30 anos; pena de prisão perpétua; multa; perda de produtos, bens e haveres provenientes, direta ou indiretamente, do crime, sem prejuízo dos direitos de terceiros que tenham agido de boa-fé. Tais disposições, entretanto, não inibem a aplicação, pelos Estados, das penas previstas nos respectivos Direitos internos ou a aplicação da legislação de Estados que não prevejam as penas referidas neste capítulo³⁴.

O princípio do duplo grau de jurisdição está contemplado no arts. 81 ao 85, parte VIII, “Apelação e Revisão”. O Estatuto prevê os fundamentos por meio dos quais tanto o Promotor quanto o condenado poderão solicitar um reexame com vistas à modificação de resoluções judiciais no Tribunal consideradas gravosas ou injustas. O art. 85 estabelece àquele que tiver sido objeto de detenção ou prisão ilegal direito a reparações.

³² “A redação em pelo menos seis línguas da ONU (diante da impossibilidade de um Estatuto com versões oficiais em todas as línguas dos Estados-Partes) ajudaria a que o Estatuto seja visto como um direito expressivo de valores compartilhados, como uma espécie de direito comum mínimo da Comunidade dos Estados. No entanto, essa decisão traz consigo, como contrapartida, uma série de delicadas questões relativas à interpretação desse tipo de texto complexo. A importância dessa classe de problemas fica especialmente clara diante do fato de que jamais se poderá excluir a possibilidade de que existam divergências entre as versões.”

³³ FRONZA, Emmanuela; MALARINO, Ezequiel. Problemas de Determinação da Norma Penal e Solução de Interpretação em Textos Penais Plurilíngües no Exemplo do Estatuto de Roma. In: AMBOS, Kai; JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. (Orgs.). **Tribunal penal internacional: possibilidades e desafios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 54.

³⁴ Disposições incluídas no Estatuto em face da insistência das delegações dos países em que a legislação interna impõe a pena de morte. Ao nosso sentir é inadequado tal procedimento, visto que a aplicação de duas penas pelo mesmo fato delituoso fere o princípio penal do *ne bis in idem*, além de representar também uma reversão de jurisdição. O TPI só pode agir em caso de omissão ou não possibilidade de atuação do Estado competente para julgar o criminoso. Se for possível aplicar a pena imposta pelo TPI e também pelo Estado, representaria, em um primeiro momento a omissão ou incapacidade do Estado para julgar o infrator, ou seja, consagração do princípio da complementariedade. Num segundo momento, a reversão, não obstante a atuação do TPI, o Estado que havia se mostrado incapaz de levar a termo a *persecutio criminis* ressurgiu para aplicar a pena prevista no direito interno, mormente, a pena capital.

A parte IX é composta pelos arts. 86 a 102, sob o título “Cooperação Internacional e Auxílio Judiciário”, estipula a obrigação geral de os Estados cooperarem plenamente com o Tribunal no inquérito e no procedimento contra crimes de competência deste. Estados não-membros podem ser dados a prover assistência.

A parte X é composta pelos arts. 103 a 111, e estabelece a função dos Estados na execução das penas privativas de liberdade.

O art. 112 é o único artigo que compõe a parte XI, versando sobre a Assembléia dos Estados Partes.

A parte XII, arts. 113 a 118, regulamenta o financiamento do TPI.

Derradeiramente, a parte XIII, composta pelos arts. 119 a 128, dispõe sobre as cláusulas finais. Quanto à resolução de disputas, qualquer uma relativa às funções judiciais do Tribunal será resolvida por decisão do Tribunal. Quaisquer outras disputas serão submetidas à Assembléia dos Estados Partes.

Assim, após discorrermos acerca da aprovação do Estatuto do TPI e de sua entrada em vigor, cabe estudarmos os aspectos funcionais.

1.3 ESTRUTURA E FUNCIONAMENTO DO TRIBUNAL

1.3.1 Composição

O Tribunal será inicialmente composto por 18 juízes^{35 36}. Esse número poderá ser aumentado por proposta de sua Presidência e será considerada adotada se for aprovada por maioria de dois terços dos membros na sessão da Assembléia dos Estados Partes, entrando em vigor na data fixada pela mesma Assembléia (art. 36, §§ 1º e 2º, do Estatuto)³⁷.

Os juízes serão eleitos dentre pessoas de elevada idoneidade moral, imparcialidade e integridade, que reúnam os requisitos para o exercício das mais altas funções judiciais nos seus respectivos Estados. Devem ser fluentes em, ao menos, um dos idiomas de

³⁵ Deve-se destacar a dificuldade de se chegar a uma definição de qual seria o número ideal de juízes para o Tribunal: números entre 15 e 21 foram apresentados. Razões financeiras e o diminuto número de casos perante o TPI foram aspectos considerados.

³⁶ JARASCH, Frank. Estabelecimento, organização e financiamento do CIC e as cláusulas finais (parte I, IV, XI e XIII). *In*: CHOUKR, Fauzi Hassan ; AMBOS, Kai. (Orgs.) **Tribunal penal internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 96-97.

³⁷ A partir de agora, todos os artigos que não constarem a indicação “do Estatuto”, devem ser considerados pertencentes a esse. Quando mudarmos a fonte legislativa, indicaremos a mesma. Por exemplo, se citarmos um artigo da Constituição Federal, ou do Código Penal, ou do CPP, estas fontes serão indicadas após o artigo referido. Na ausência de tal indicação, considera-se a fonte legislativa o Estatuto de Roma. O objetivo é evitar-se a repetição excessiva da terminologia “do Estatuto”.

funcionamento do Tribunal. Ainda, deve ter reconhecida competência em Direito Processual Penal e a necessária experiência como juiz, promotor, advogado ou semelhante em procedimentos criminais, ou ter sabida competência em áreas relevantes de Direito Internacional, exemplificadamente, lei humanitária internacional e Direitos Humanos, e larga experiência profissional nos trabalhos de relevância para o Tribunal.^{38 39} O mandato máximo é de nove anos e não poderão ser reeleitos. No caso brasileiro, portanto, a candidatura para uma vaga de juiz no Tribunal Penal Internacional exige que a pessoa reúna as condições necessárias para o exercício do cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, inclusive a relativa à idade mínima de 35 e máxima de 65 anos, além do notável saber jurídico e da reputação ilibada (CF, art. 101).

A primeira sessão oficial da Assembléia dos países membros do Tribunal Penal Internacional foi realizada em Nova York, de 3 a 7 de fevereiro de 2003. O Brasil reiterou seu comprometimento com o órgão internacional, tendo sido eleita como uma das juízas da corte a desembargadora federal de São Paulo, Sylvia Helena de Figueiredo Steiner. Completam a composição do TPI outros 17 juízes, dentre os 43 indicados pelos Estados, sendo que 10 eram mulheres e 33 eram homens. Quanto à região de procedência dos magistrados: 8 oriundos da América Latina e Caribe, 10 originários da África, 6 da Ásia, 12 da Europa Ocidental e 7 do Leste Europeu.⁴⁰

Foram escolhidos para compor o Tribunal, além da então desembargadora Federal de São Paulo, Dra. Sylvia Steiner, os seguintes juízes: Adrian Fulford (Grã Bretanha); Akua Kuenyehia (Gana); Anita Usacka (Letônia); Bruno Cotte (França); Claude Jorda (França); Daniel Dawid Ntanda Nsereko (Uganda); Elizabeth Odio Benito (Costa Rica); Erkki Kourula (Finlândia); Fatoumata Dembele Diarra (Mali); Gheorghios M. Pikis (Chipre); Hans-Peter Kaul (Alemanha); Karl Hudson-Phillips (Trinidad Tobago); Maureen Harding Clark (Irlanda); Mauro Politi (Itália); Navanethen Pillay (África do Sul); Philippe Kirsch (Canadá); René Blattmann (Bolívia); Sang-Hyon Song (Coréia do Sul) e Tuiloma Neroni Slade (Samoa). O Procurador da Corte, escolhido na eleição de 21/04/03, foi Luis Moreno Ocampo (Argentina). A presidência está a cargo do juiz Hans-Peter Kaul (Alemanha) tendo como

³⁸ Também a qualificação dos juízes ocasionou grandes discussões. Adotou-se uma proposta alternativa, qual seja, alguns magistrados devem ter experiência em lei criminal e outros devem ter competência em lei internacional.

³⁹ JARASCH, op. cit., p. 96-97.

⁴⁰ FRIEDRICH, Tatyana Scheila. Tribunal penal internacional: a diferença da concepção teórica e atuação prática do Brasil em comparação com os EUA. In: **Revista brasileira de direito internacional**. Curitiba: SER/UFPR, 2005. Ano I, n 1, 1º semestre 2005. p. 29.

primeira vice-presidente a juíza Akua Kuenyehia (Gana) e segundo vice-presidente o juiz René Blattmann (Bolívia)⁴¹.

O Tribunal é composto pelos seguintes órgãos, nos termos do art. 34: *a*) a Presidência (responsável pela administração da Corte); *b*) uma Seção de Recursos, uma Seção de Julgamento em Primeira Instância e uma Seção de Instrução; *c*) o Gabinete do Promotor (chamado pelo Estatuto de "Procurador", constituindo-se em órgão autônomo do Tribunal); e *d*) a Secretaria (competente para assuntos não judiciais da administração do Tribunal). Os juízes serão distribuídos por três *Seções*: a *Seção de Instrução*, incumbida de instruir e examinar a admissibilidade dos processos, a *Seção de Primeira Instância*, que proferirá os julgamentos, e a *Seção de Apelações*, responsável pela apreciação dos recursos.⁴²

A Presidência – com as atribuições previstas no art. 38, (3), (a) e (b) – é composta pelo Presidente, pelo 1º Vice-Presidente (a quem caberá substituir o Presidente em caso de impossibilidade ou recusa) – art. 38 (2) – e pelo 2º Vice-Presidente, a quem caberá substituir o Presidente em caso de impedimento ou recusa deste ou do 1º Vice-Presidente. Os membros da Presidência serão eleitos por maioria absoluta entre os juízes do Tribunal, por um período de três anos ou até findar seu mandato como juiz, conforme o que expirar em primeiro lugar. Poderão ser reeleitos uma única vez e exercerão seus mandatos em caráter de dedicação exclusiva, não devendo ter qualquer outra ocupação de natureza profissional.⁴³

O Tribunal divide-se em três seções: Seção de Instrução ou de Questões Preliminares, Seção de Julgamento em Primeira Instância e Seção de Apelações.

A Seção de Instrução ou de Questões Preliminares deverá ser composta por, no mínimo, seis juízes, sendo que as funções judiciais desta seção serão desempenhadas por uma ou várias Câmaras de Questões Preliminares, formadas por três magistrados. Isabel Delgado e Magdalena Martinez⁴⁴ apregoam que *seria aconselhável que os juízes que sejam nacionais do Estado denunciante ou que tenham a mesma nacionalidade que o acusado não formassem a Sala que conheça desse assunto*.

Essas Câmaras possuem uma função específica durante a investigação, a qual está delimitada no art. 56⁴⁵. O mandato dos juízes nas Câmaras será por um período de três anos, ou até concluir qualquer causa que tenham começado a analisar dentro desse período. Deve-se

⁴¹ TPI... Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/chambers/judges.html>. Acesso em: 24 out. 2008.

⁴² MAZZUOLI, op. cit., p. 40.

⁴³ JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. **O tribunal penal internacional**. A internacionalização do direito penal. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris: 2004. p. 187.

⁴⁴ DELGADO, Isabel Linora; MARTINEZ, Magdalena M. Martín. **La corte penal internacional: justicia versus impunidad**. Barcelona: Ariel, 2001. p. 90.

⁴⁵ O art. 57 do Estatuto do TPI estabelece as funções e poderes das Câmaras de forma geral.

considerar a necessidade de incluir juízes com conhecimento em assuntos específicos, por exemplo, a violência contra mulheres e crianças – art. 36 (8) b.

A Seção de Julgamento em Primeira Instância é constituída por seis magistrados, no mínimo, que desempenharão seus cargos por um período de três anos, ou, então, até a conclusão de qualquer causa que tenham iniciado a analisar dentro desse período. Nessa Seção, o Estatuto manifesta sua preferência por juízes com experiência em procedimento penal - (art. 39, (1), *in fine*) – embora aceite também juízes internacionalistas. As funções judiciais dessa Seção serão exercidas por uma ou mais Câmaras de Primeira Instância, composta cada uma por três juízes.

A Seção de Apelações é composta pelo Presidente do Tribunal Penal Internacional e por outros quatro magistrados, os quais, predominantemente, devem ter reconhecida competência em Direito Internacional – (art. 39, (1). Com o intuito de evitar contaminações, os juízes adstritos à seção de recursos desempenharão o cargo exclusivamente nessa seção durante todo o seu mandato. As funções judiciais afetas à Seção de Apelação realizar-se-ão por meio de uma Câmara de Apelações, composta pelos cinco magistrados integrantes dessa Seção encarregada de conhecer os procedimentos de apelação e revisão.

No que tange à composição do Tribunal, merece especial atenção a figura do Promotor (chamado de "O Procurador" pelo Estatuto de Roma). O Gabinete do Promotor atuará de forma independente, constituindo-se em um órgão autônomo do TPI – art. 42 (1), do Estatuto.

Está encarregado de receber, por qualquer forma idônea, *noticia criminis* acerca de delitos de competência do Tribunal Penal Internacional e realizar investigações e exercer a ação penal, sendo que os membros do *Parquet* não solicitarão nem cumprirão instruções de fontes estranhas ao Tribunal⁴⁶. Promotor (Procurador) cumprirá suas funções com plena liberdade de consciência e imparcialidade.⁴⁷ O Gabinete do Promotor é composto pelo Promotor e pelos Promotores-Adjuntos. Idoneidade moral, reconhecida competência e vasta experiência prática em matéria de processo penal são requisitos para o exercício da função. Também, precisam de um amplo conhecimento e serem fluentes, em pelo menos, uma das línguas de trabalho do Tribunal – art. 42 (3).

O Promotor será eleito por escrutínio secreto e por maioria absoluta de votos dos membros da Assembléia dos Estados Partes, para um mandato de nove anos, sendo vedada a

⁴⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan. O ministério público e o tribunal penal internacional: análise do tratado de Roma. *In*: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. op. cit., p. 305-321.

⁴⁷ MAZZUOLI, op. cit., p. 41.

reeleição. Os Promotores-Adjuntos serão eleitos de idêntica forma, de uma lista de candidatos apresentada pelo Promotor – art. 42 (4). Salvo disposição em contrário à época da eleição, o Promotor e os Promotores-Adjuntos exercerão os respectivos cargos por um período de nove anos e não poderão ser reeleitos, art. 42 (4). Não deverão desenvolver qualquer atividade que possa interferir com o exercício das suas funções ou afetar a confiança na sua independência, assim como é vedado o desempenho de qualquer outra função de caráter profissional – art. 42 (5). O Promotor deverá desfrutar de independência, autonomia e imparcialidade para o bom desempenho de sua função investigativa, pois cabe a ele recolher comunicações e qualquer outro tipo de informação, devidamente fundamentada, sobre crimes da competência do Tribunal a fim de apreciá-las, investigar e de exercer a ação penal⁴⁸.

Com a responsabilidade de gerir os aspectos não judiciais da administração e do funcionamento do TPI a Secretaria tem a direção do Secretário, que é o encarregado administrativo do Tribunal. É eleito pela maioria absoluta dos juízes, acolhendo recomendações da Assembléia dos Estados Partes, por um período de cinco anos, sendo possível uma reeleição. Se necessário, será eleito também um Secretário-Adjunto, por recomendação do Secretário e na forma estabelecida por ele. Devem ser pessoas de ilibada idoneidade moral, alto nível de competência e um excelente conhecimento e domínio de, ao menos, uma das línguas de trabalho do Tribunal – art. 43 (3).

A Secretaria é o único órgão principal do Tribunal cujo pessoal não é eleito diretamente pelos Estados Partes. O regime especial deve-se ao fato de que não é um órgão autônomo, uma vez que exerce suas funções na dependência do Presidente do Tribunal – art. 43 (2). Incumbe ao Secretário a criação de uma Unidade de Apoio às Vítimas e Testemunhas. A Unidade, em conjunto com o Gabinete do Promotor, adotará medidas de proteção e dispositivos de segurança, bem como prestará assessoria e outro tipo de assistência às testemunhas e vítimas que compareçam ao Tribunal e a outras pessoas ameaçadas em face do testemunho prestado por aquelas. A unidade incluirá pessoal especializado para atender as vítimas de traumas, mormente relativos a crimes de violência sexual.

1.3.2 Funcionamento do TPI

O TPI possui um aparato funcional próprio, denotando sua singularidade em relação a outras instituições internacionais. Assim, a atuação da Assembléia dos Estados Partes junto aos órgãos estruturais do TPI, o seu financiamento, o regime de cooperação no qual se assenta

⁴⁸ CHOUKR, op. cit., p. 305-321.

seu funcionamento, assim como a impossibilidade de reservas e mecanismos de alterações são circunstâncias que diferenciam o Tribunal das demais organizações internacionais e lhe concedem um caráter de novidade.

O art. 112 contém a previsão da Assembléia dos Estados Partes, embora esta não faça parte, em sentido estrito, da estrutura orgânica do TPI. A composição, funcionamento e competências muito se assemelham às da Assembléia Geral das Nações Unidas. Percebe-se escorreita correspondência com o sistema previsto na ONU, pois a Assembléia dos Estados Partes pode: estabelecer quantos órgãos subsidiários considere necessários – art. 112 (4); aprovar seu próprio Regulamento interno – art. 112 (9) - e utilizar os mesmos idiomas de trabalho que a Assembléia Geral – art. 112 (10). Incumbe a cada Estado Parte designar um representante e seus correspondentes substitutos e conselheiros para atuar na Assembléia. É permitida a participação na Assembléia de outros Estados signatários do Estatuto ou da Ata Final, na qualidade de observadores. São funções da Assembléia dos Estados Partes: examinar e adotar, se convenientes, as recomendações da Comissão Preparatória; proceder à escolha do Procurador e dos juízes; 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 número de juízes – art. 36; examinar questões relativas à não-cooperação dos Estados e realizar qualquer outra função compatível com as disposições procedimentais ou estatutárias – art. 112 (2).

A Assembléia elegerá uma Secretaria composta por um Presidente, dois Vice-Presidentes e 18 membros eleitos para mandatos de três anos. Essa Secretaria deve reunir-se uma vez por ano e, se necessário, realizará reuniões especiais.

A Assembléia reunir-se-á, também, na sede do TPI ou da ONU, em sessão ordinária, pelo menos uma vez por ano. Diante das circunstâncias, poderá haver sessão extraordinária.

Quanto às regras para adoção de decisões, estabeleceu-se que cada Estado Parte tem direito a um voto e que todos os esforços devem ser envidados para que as decisões sejam por consenso. Diante da impossibilidade de se alcançar este, as decisões em assuntos substanciais devem ser aprovadas por uma maioria absoluta de Estados. As decisões relativas a assuntos de procedimentos devem ser tomadas por maioria simples dos Estados Partes presentes na votação.

Para o financiamento do Tribunal foi acolhido o princípio da autonomia financeira, que significa que as despesas operacionais serão custeadas pelos fundos do Tribunal, os quais terão como fontes de recursos as quotas dos Estados Partes, os fundos provenientes da Organização das Nações Unidas e as contribuições voluntárias. Relativamente às quotas dos

Estados Partes, o Estatuto não define uma porcentagem que corresponde a essa fonte. Há a expectativa que ela seja a mais significativa, capaz de garantir a independência do TPI. As quotas serão ajustadas em sintonia com os princípios norteadores da tabela adotada pelas Nações Unidas para o seu orçamento ordinário. Frank Jarasch⁴⁹ entende que *essa fonte pode inibir a adesão de países pobres*.

Os fundos provenientes da ONU estão sujeitos à aprovação da Assembléia Geral, em especial, com relação às despesas com as questões remetidas para o Tribunal pelo Conselho de Segurança. Novamente Frank Jarasch⁵⁰ adverte para o fato de que o atraso de pagamentos de contribuintes da ONU e a possibilidade de a organização estabelecer outras prioridades podem colocar em risco os recursos financeiros do Tribunal.

As contribuições voluntárias podem ser utilizadas pelo Estatuto de Roma na qualidade de fundos adicionais, podendo ser fornecidos pelos governos, organizações internacionais, indivíduos particulares, sociedades e outras entidades, consoante critérios estabelecidos pelos Estados Partes.

O balanço anual, os livros, os registros e a contabilidade do Tribunal terão verificação anual por intermédio de um auditor independente.

De outra parte, aspecto não menos relevante é o que diz respeito aos mecanismos de coerção, que os tribunais internacionais não possuem. O TPI, por conseguinte, deve-se valer das forças coercitivas dos tribunais internos, sob pena de assim não agindo, faltar-lhe condições de operacionalidade. Forte nesse aspecto, o Estatuto trouxe através do art. 86⁵¹ uma obrigação de cooperação dos Estados. Assim sendo, constitui dever dos Estados Partes cooperar na prevenção e repressão dos crimes que reivindicam a responsabilidade penal individual.⁵² Ao nosso sentir, cooperar é contrário ao sentimento de dever, de obrigação. Cooperação pressupõe desprendimento, disponibilidade de colaboração ou vontade de contribuição. Desde o momento que os Estados subscrevem e ratificam o Estatuto de Roma aceitando sua jurisdição, não seria crível que se abstivessem de ofertar seu poder coercitivo a serviço do TPI. Assim, o art. 86 só tem razão de existir se entendermos que o *dever de cooperação* visa tornar mais fácil a sua aceitação e adoção. Na realidade, há uma necessidade imperativa de um diálogo permanente entre os âmbitos nacional e internacional, indispensável para um eficaz funcionamento do Tribunal Penal Internacional em diferentes etapas da

⁴⁹ JARASCH, op. cit., p. 101.

⁵⁰ Idem, ibidem.

⁵¹ Art. 86 do Estatuto – *Os Estados Partes deverão, em conformidade com o disposto no presente Estatuto, cooperar plenamente com o Tribunal no inquérito e no procedimento contra crimes de competência deste.*

⁵² BALMACEDA, Paul Hernández. Aplicação direta dos tipos penais do estatuto do tribunal penal internacional do direito interno. In: AMBOS, Kai; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (orgs.). op. cit., p. 165.

investigação e processo, desde o acesso a provas e documentos, a convocação de testemunhas e coleta de depoimentos e a detenção e transferência de acusados. Consoante os termos do art. 88, os Estados devem possibilitar que o seu Direito interno adote procedimentos que tornem eficazes todas as formas de cooperação especificadas no Estatuto. Tendo em vista que o Tribunal prescinde de uma autoridade internacional capaz de fazer cumprir as suas ordens, a cooperação dos Estados faz-se imprescindível. Surge, então, outra dificuldade, representada pela força coercitiva que disporia o Tribunal para impor sanções aos Estados Partes que não se dispuserem cooperar.

A respeito, Kai Ambos leciona:

Nesse ponto, a questão mais importante é qual pressão poderia ser exercida aos Estados que não querem cooperar com o TPI. Antes de tudo, a obrigação de cooperar somente existe com respeito aos Estados Partes (artigo 86 do Estatuto do TPI). Os Estados que não fazem parte podem, na ausência de um acordo *ad hoc* (artigo 87 (5)), somente serem obrigados a cooperar através de uma resolução do Conselho de Segurança devido ao seu caráter obrigatório sobre todos os membros da ONU. conforme o artigo 25 da Carta das Nações Unidas. Em qualquer caso, enquanto aos Estados obrigados a cooperar, a única via legal de alcançar seu cumprimento é referir uma denúncia de não-cooperação – depois de uma declaração para este efeito, pelo Tribunal - a Assembléia dos Estados Partes (art. 87 (5) (b), (7) e artigo 112 (2)(f)). É assim que numa referência do Conselho de Segurança, por exemplo no caso de Darfur/Sudão, o assunto também pode, como se mencionou acima (111.1.), ser indicado ao Conselho de Segurança (artigo 87 (5)(b),(7)).⁵³

Percebe-se que o regime de cooperação encontra grandes dificuldades de validação, não obstante se tratar de uma obrigação dos Estados Partes. O próprio princípio da complementaridade – que será analisado com vagar adiante – conspira contra a cooperação com o TPI, pois este não está em condições de impor ordens de prisão diante de Estados que se recusam a cooperar. Por tais razões, comparando-se o TPI aos tribunais *ad hoc* – estes não atuaram subsidiariamente – o Tribunal está em acentuada desvantagem.

O próprio Estatuto estabelece ressalvas no que tange às informações relativas à segurança nacional. Consoante o art. 72, na hipótese de um Estado ter conhecimento que informações ou documentos seus serão, ou poderão ser, revelados em qualquer fase do processo, e considerar que tal revelação afetaria seus interesses relativos à segurança nacional, tal Estado terá o direito de intervir, a fim de ser equacionada a questão. Na busca de uma solução, entretanto, o Estado deve sempre objetivar cooperar com o Tribunal. Referido tipo de informação representa uma exceção ao regime de cooperação.

⁵³ AMBOS, Kai. Julgamento de crimes internacionais em âmbito nacional e internacional: entre justiça e Realpolitik. In: **Revista brasileira de direito internacional**. Curitiba: SER/UFPR, 2005. Ano I, n 1, 1º semestre 2005. p. 17.

A cooperação dos Estados sem prevalência das ordens editadas pelo TPI encontra fundamentação na eleição pela proteção das soberanias estatais. Tal procedimento tem por objetivo tornar o Estatuto um documento aceitável, em face da elevada importância ainda creditada às soberanias pelos Estados⁵⁴.

Já o art. 120 contempla a proibição de reservas, mesmo que de maneira não absoluta. Consoante o art. 2º (1) (d) da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, reservas *constituem uma declaração unilateral, feita por um Estado, seja qual for o seu teor ou denominação, ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em sua aplicação a esse Estado.*

Segundo o magistério de Valério de Oliveira Mazzuoli⁵⁵, as disposições do art. 120 do Estatuto *visam evitar que os eventuais conflitos de interpretação existentes sobre quais reservas são e quais não são admitidas pelo Direito Internacional, retirando dos países cépticos a possibilidade de escusa para o cumprimento de suas obrigações.*

Para Artur de Brito Gueiros Souza⁵⁶, *cumprir registrar, no particular, que o próprio governo brasileiro formalizou declaração, por meio da qual expressou sua preocupação quanto à compatibilidade de algumas disposições do TPI para com a Constituição Federal de 1988.*

O próprio art. 124 contempla uma admissão implícita de reserva, consistente na possibilidade de os Estados limitarem sua jurisdição com relação aos crimes de guerra, excluindo-a por um período de sete anos.

O Estatuto pode sofrer alterações, desde que decorridos sete anos após sua vigência. As emendas podem ser propostas por qualquer Estado Parte, a par das determinações do art. 121. Após a proposta ser submetida ao Secretário-Geral das Nações Unidas, por iniciativa deste, deverá circular entre todos os Estados Partes. Decorridos pelo menos três meses após a data da notificação, a Assembléia dos Estados Partes decidirá na reunião seguinte, por maioria dos seus membros presentes e votantes, sobre o exame da proposta. A Assembléia poderá decidir diretamente ou propor uma Conferência de Revisão.

⁵⁴ Idem, p.68.

⁵⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O tribunal penal internacional e as perspectivas para a proteção internacional dos direitos humanos no século XXI. In: AMBOS, Kai; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (orgs.). op. cit., p. 135.

⁵⁶ GUEIROS SOUZA, Artur de Brito. Reservas ao Estatuto de Roma: uma análise do direito de reservas aos tratados multilaterais e seus reflexos no Estatuto do Tribunal Penal Internacional. In: AMBOS, Kai; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (orgs.). op. cit., p. 90.

Outro aspecto que merece menção é o previsto no art. 123, que trata da revisão do Estatuto após sete anos de sua vigência. Inclusive, poderá incidir nomeadamente – mas não em caráter exclusivo – sobre a lista de crimes descritos no art. 5º. A Conferência de Revisão, a ser convocada pelo Secretário-Geral da ONU, estará aberta aos participantes da Assembleia dos Estados Partes nas mesmas condições. *A posteriori*, a requerimento de um Estado Parte, a qualquer instante, o Secretário-Geral das Nações Unidas, mediante aprovação da maioria dos Estados Partes, convocará uma Conferência de Revisão.

Ainda no tocante ao funcionamento do TPI, impende adentrarmos no aspecto processual. O processo foi dividido em duas fases: inquérito e procedimento criminal – Capítulo V do Estatuto – e o julgamento, disciplinado no Capítulo VI. Momento seguinte, o Estatuto regulamenta os meios de impugnação das decisões e a execução das penas.

Consoante prescrições do art. 13 são legitimados para solicitar a instauração de uma investigação destinada a verificar uma *notitia criminis*, ou seja, verificar se o caso ou crime se trata de crime de competência do Tribunal: qualquer Estado Parte, o Conselho de Segurança das Nações Unidas e o Promotor. *Contrario sensu*, as Organizações Internacionais Governamentais, as Organizações Não-Governamentais (ONGs) e também a pessoa humana individualmente considerada não estão legitimadas para acionar o TPI.

Imprescindível, para que o TPI possa exercer sua competência, que esta seja aceita pelo Estado do território em que o crime tenha sido cometido ou pelo Estado da nacionalidade do acusado. Em uma situação particular, quando é o Conselho de Segurança que ativa o Tribunal – Capítulo VII, da Carta da ONU – independe se o Estado em questão é signatário ou não do Estatuto. Para Hans-Peter Kaul⁵⁷, *essa é a razão de tal provisão ser tão significativa para a eficiência do funcionamento da Corte.*

Se qualquer um dos legitimados realizar a denúncia de uma situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de crime(s) de competência do Tribunal, é dever do Promotor verificar a seriedade da informação recebida – art. 15 (2). A fim de se desincumbir de sua obrigação, o Promotor poderá recolher informações suplementares junto aos Estados, aos órgãos da ONU, às Organizações Intergovernamentais ou Não Governamentais ou outras fontes fidedignas que considere apropriadas, podendo recolher depoimentos escritos ou orais na sede do Tribunal – art. 15 (2).

De outra parte, o Promotor pode iniciar o processo *ex officio*, consoante prevê o art. 15 (2). Pesou em favor de tal procedimento atribuído ao Promotor, o argumento de que se

⁵⁷ KAUL, Hans-Peter. A corte internacional criminal: a luta pela sua instalação e seus escopos. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (orgs.). op. cit., p. 111.

somente os Estados e o Conselho de Segurança da ONU pudessem oferecer denúncia, a eficácia do Tribunal ficaria comprometida. Diante do receio de que tal órgão do TPI concentraria um poder excessivo em suas mãos, além de assegurar a responsabilidade do Promotor, o Estatuto optou pelo modelo de supervisão, no qual a Câmara de Questões Preliminares pode se manifestar ao longo de toda a instrução, independentemente de requisição. A Câmara pode adotar todas as medidas que entender cabíveis com vistas assegurar a eficácia e a integridade do processo, sempre visando proteger a amplitude dos direitos de defesa, prestando seu apoio para que o inquérito seja levado a efeito com a garantia da observância dos princípios da imparcialidade e da paridade de armas.

Para a hipótese da investigação ser originada pela denúncia de uma situação por um Estado Parte ou pelo Conselho de Segurança, só haverá intervenção de ofício da Câmara de Questões Preliminares se o Promotor optar por desistir do inquérito sob a fundamentação de que o inquérito não serve aos interesses da justiça. Somente nessa hipótese a decisão final do Promotor será revisada pela Câmara, devendo confirmá-la ou anulá-la. Pode, inclusive, ordenar ao Promotor que inicie a investigação. Relativamente à possibilidade de a Câmara de Questões Preliminares confirmar a decisão do Promotor sob a fundamentação dos *interesses da Justiça*, há uma pesada crítica, segundo a qual os críticos⁵⁸, trata-se de termo amplo, vago e impreciso, oportunizando a utilização de argumentos metajurídicos, ocasionando a substituição do princípio da legalidade pelo princípio da oportunidade. Posicionamento diverso desse, é o defendido por Hans-Jörg Behrens⁵⁹, que entende que o caso só pode ser levado a julgamento, considerando-se os interesses da Justiça, *se a quantidade de trabalho da Corte for tão elevada que apenas uma escolha tenha de ser feita entre os casos em que forem levados a sua apreciação*.

Partilhamos da primeira corrente, ancorado no entendimento de que se o Tribunal estiver com quantidade de trabalho incompatível com a sua capacidade, há previsão no próprio Estatuto que o número de juízes possa ser aumentado, conforme prevê o art. 36, §§ 1º e 2º. Ademais, a figura da escolha de quais os crimes devam ser levados a julgamento, equivale à imprecisão e à amplidão da fundamentação dos *interesses da Justiça*, o que gera, ou pode gerar, insegurança jurídica, ou mesmo, desconfiança no TPI.

Além da legitimidade para dar início à ação penal, o Conselho de Segurança da ONU possui outra prerrogativa exclusiva, prevista no art. 16 do Estatuto, qual seja, a possibilidade

⁵⁸ DELGADO, Isabel Linora; MARTINEZ, Magdalena M. Martin. op. cit., p. 183.

⁵⁹ BEHRENS, Hans-Jörg. Investigação, julgamento e recurso. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (orgs.). op. cit., p. 65.

de suspender a abertura de qualquer investigação ou persecução do Tribunal, independentemente da fase em que se encontrar, pelo prazo de 12 meses, podendo este prazo ser renovável por tantas vezes quantas considerar oportuno. A única exigência que se estabeleceu é a edição de novas resoluções. A cada nova Resolução, reabre-se o debate dentro do Conselho, o que dificultará que os cinco Estados com direito de veto possam manter indeterminadamente a mesma posição.

Superada essa faculdade inibitória de prerrogativa do Conselho, o Promotor, considerando que através do inquérito foram obtidas informações suficientes, terá duas opções para o encerramento dessa fase: concluir que não há fundamento suficiente para iniciar uma investigação, seja por haver elementos suficientes, tanto de fato quanto de direito – art. 53 (2) (a) – seja porque a causa é inadmissível – art. 53 (3) (b) –, ou ainda, porque a causa não é de interesse da justiça – art. 53 (2) (c) – decretará o arquivamento do inquérito, devendo justificar a sua decisão à fonte denunciante. A par do art. 53 (1), no entanto, a qualquer tempo – nunca se olvidando que os crimes perante o Tribunal são imprescritíveis – sobrevindo novas informações a respeito do fato, o Ministério Público pode reconsiderar sua posição. A segunda opção conferida ao Promotor: decidir pela existência de motivos suficientes para acreditar no cometimento de crime(s) de competência do TPI, de autoria do acusado, bem como na necessidade de detenção do mesmo, consoante as hipóteses previstas no art. 58 (1) (b). Nesse caso, requererá à Câmara de Instrução que emita um mandado de detenção ou notificação para comparecimento do acusado perante o Tribunal. A petição do Promotor deve conter todos os dados necessários que possibilitem a identificação do acusado e a descrição pormenorizada dos fatos e crimes que são imputados. Segundo dispõe o art. 61, para o caso de o Promotor considerar que dispõe de indícios suficientes para proceder criminalmente, depois de a pessoa investigada encontrar-se à disposição do Tribunal, observados os seus direitos constantes no art. 55, a Câmara de Questões Preliminares realizará uma audiência, dentro de um prazo razoável, na qual apreciará os fatos constantes da acusação com base nos quais o Promotor pretende requerer o julgamento do acusado – art. 61 (1).

Concluído o inquérito, instaura-se a segunda fase da instrução, ou seja, o procedimento criminal, ou durante qualquer momento no qual este se encontre, ocasião em que o Promotor decide efetivar a persecução penal.

Baseada nos fatos apreciados durante a audiência, a Câmara de Questões Preliminares decidirá se existem provas suficientes de que o argüido cometeu os crimes que lhe são imputados – art. 61 (7). De acordo com essa decisão o Juízo de Instrução declarará procedente a acusação na parte relativamente à qual considerou terem sido reunidas provas

suficientes e remeterá o acusado para o Juízo de Julgamento em Primeira Instância, a fim de aí ser julgado pelos fatos confirmados art. 61 (7) (a). De outra parte, o Juízo de Instrução poderá declarar improcedente a acusação na parte relativamente à qual não terem sido reunidas provas suficientes art. 61 (7) (b). Ainda, o Juízo de Instrução poderá adiar a audiência e solicitará ao Promotor que considere a possibilidade de art. 61 (7) (c): apresentar novas provas ou efetuar novo inquérito relativamente a um determinado fato constante da acusação art. 61 (7) (c) (I); modificar parte da acusação, se as provas reunidas parecerem indicar que um crime distinto, da competência do Tribunal, foi cometido art. 61 (7) (c), (II). A declaração de não procedência relativamente à parte de uma acusação, proferida pelo Juízo de Instrução, não obstará que o Procurador solicite novamente a sua apreciação, na condição de apresentar novas adicionais - art. 61 (8).

Declarada procedente a acusação, então, a Presidência designará uma Câmara de Julgamento em Primeira Instância. Encerra-se, assim, a fase preliminar, instaurando-se a fase de julgamento perante o Tribunal. Conforme prevê o art. 62, o julgamento terá lugar na sede do Tribunal. O Estatuto prevê, porém, a possibilidade de mudança do local da celebração habitual das sessões para o Estado anfitrião ou para qualquer outra sede, desde que pedido pelo Promotor, ou pela defesa, ou por decisão dos próprios magistrados.

O art. 63 expõe uma posição garantista, na medida que exige a presença do acusado no julgamento. O julgamento em revelia é previsto como medida excepcional e temporária, sendo possível apenas quando o argüido, presente no Tribunal, perturbar persistentemente a audiência, sendo consideradas esgotadas outras possibilidades razoáveis pela Câmara de Julgamento de Primeira Instância – art. 64 (2) – não restando outra opção que não a expulsão para continuar o julgamento.

Conforme determina o art. 64 (8), no início da audiência, a Câmara de Julgamento em Primeira Instância ordenará a leitura, ao argüido, dos fatos que constam na acusação, já previamente confirmados pela Câmara de Questões Preliminares. O acusado será questionado acerca da sua culpa ou inocência, podendo confessar ou não. A confissão não determina o fim do julgamento nem condenação, devendo ser valorada em cotejo com as demais provas, em face da gravidade dos crimes objeto de apreciação pelo TPI, que impede que se reconheça valor absoluto a ela. *A confissão pode ser considerada como expressão da vontade de cooperação do acusado e de seu arrependimento espontâneo, com a conseqüente repercussão benéfica sobre a sentença condenatória*⁶⁰.

⁶⁰ DELGADO, Isabel Linora; MARTINEZ, Magdalena M. Martín. op. cit., p. 210-211.

O acusado deve ser informado acerca dos seus direitos e garantias fundamentais em juízo, destacando-se: a presunção de inocência – art. 66; direito a uma audiência justa, imparcial e pública – art. 67 (1) direito a ser informado, sem demora e de forma detalhada, em uma língua que compreenda e fale fluentemente, da natureza, motivo e conteúdo dos fatos que lhe são imputados – art. 67 (1) (a); direito a dispor de tempo e de meios adequados para a preparação da sua defesa e a se comunicar livre e confidencialmente com um defensor à sua escolha – art. 67 (1) (b); direito a ser julgado sem atrasos indevidos – art. 67 (1) (c); direito a estar presente na audiência de julgamento e a defender-se a si próprio ou a ser assistido por um defensor da sua escolha, se não o tiver, a ser informado do direito de o Tribunal lhe nomear um defensor sempre que interesse da justiça o exija, sendo tal assistência gratuita se o argüido não dispor de meios suficientes para remunerar o defensor assim nomeado – art. 67 (1) (d); direito a inquirir ou a fazer inquirir as testemunhas de acusação e a obter a comparência das testemunhas de defesa e a inquirição destas nas mesmas condições que as testemunhas de acusação; direito a apresentar defesa e apresentar qualquer outra prova admissível, de acordo com o art. 67 (1) (e); direito a ser assistido gratuitamente por um intérprete competente e a serem-lhe facultadas as traduções necessárias que a equidade exija, se não compreender perfeitamente ou não falar a língua utilizada em qualquer ato processual ou documento produzido em tribunal – art. 67 (1) (f); direito a não ser obrigado a depor contra si próprio, nem declarar-se culpado, e a guardar silêncio, sem que este seja tido em conta na determinação da sua culpa ou inocência⁶¹ - art. 67 (1) (g); direito a prestar declarações não juramentadas, oralmente ou por escrito, em sua defesa – art. 67 (1) (h); e direito a que lhe não seja imposta qualquer inversão do ônus da prova, quer a impugnação – art. 67 (1) (I).

A exemplo do acusado, também as testemunhas e vítimas têm seus direitos assegurados no Estatuto, segundo o art. 68. A Unidade de Apoio às Vítimas e Testemunhas tem a responsabilidade de aconselhar o Promotor e o Tribunal relativamente a medidas adequadas de proteção, também mecanismos de segurança, assessoria e assistência. Sylvia Steiner sentencia:

O sistema de garantias processuais trazido nos estatutos do Tribunal Penal Internacional autoriza-nos a concluir pela adoção de um modelo garantista. O garantismo penal é fruto da evolução histórica da humanidade, a partir do momento em que passa a considerar o suposto criminoso como sujeito de direitos, tutelado

⁶¹ No âmbito do Direito interno, a Lei 10.792, de 1º de dezembro de 2003, acrescentou o parágrafo único ao art. 186, do Código de Processo Penal brasileiro, consagrando o direito ao silêncio do acusado. *Art. 186 – parágrafo único: o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.*

pelo Estado, o qual tem o dever de garantir o respeito a ele devido, quer na fase pré-processual, quer durante julgamento, quer ao condenado.⁶²

Segundo Luigi Ferrajoli⁶³, o garantismo significa a existência de um conjunto de garantias jurídicas necessárias à afirmação da responsabilidade penal e para a aplicação da pena. Traduz a legitimidade do poder de punir.

Com relação à produção de provas, o Estatuto prevê os principais critérios diretores – art. 69 – consagrando os seguintes princípios: princípio da investigação de ofício (art. 64 (3) (d)), segundo o qual o Tribunal não fica adstrito às provas que as partes lhe submetem; princípio da livre valoração da prova – art. 64 (9) e 69 (4); importância da prova testemunhal, especialidade da prova em caso de violência sexual, inadmissibilidade condicionada das provas obtidas em violação do Estatuto ou das normas de Direitos Humanos internacionalmente reconhecidas – art. 69 (7).

Quanto às decisões do Tribunal, o Estatuto adotou o sistema da unanimidade, sendo possível adoção de decisão por maioria apenas quando não for possível alcançar o consenso – art. 74 (3) do Estatuto. As decisões devem ser proferidas por escrito contendo exposição completa e fundamentada da apreciação das provas, assim como as conclusões que a Câmara de Julgamento em Primeira Instância. A par das disposições do art. 75 (1), o Tribunal pode fixar na sentença o quantum indenizatório a ser pago às vítimas e também pode expedir um mandado contra a pessoa condenada ordenando reparações específicas às vítimas – art. 75 (2). Tudo sem prejuízo dos direitos da vítima consoante as regras de Direito nacional ou interno.

Assim que se decida pela condenação, a Câmara de Primeira Instância pode fixar a pena. Faz-se necessária, entretanto, a realização de uma audiência suplementar, a requerimento do Promotor ou do argüido, com a finalidade de conhecer os novos elementos de prova ou exposições de relevância para a fixação da pena – art. 76 (2). Após essa segunda vista, a Câmara reunir-se-á a portas fechadas e, ao fim, fará o anúncio público de sua decisão, sob a forma de sentença, na presença do acusado, desde que seja possível – art. 76 (4).

Resguardando o princípio do duplo grau de jurisdição, o Estatuto prevê a possibilidade de impugnação de suas decisões pelo condenado e pelo Promotor através do recurso de apelação ou da revisão. A apelação pode fundar-se tanto na contestação da pena quanto na culpabilidade. Diante disso, tanto o Promotor quanto a defesa podem recorrer em face da desproporção entre o crime e a pena. Podem advir duas conseqüências distintas: a

⁶² STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. O perfil do juiz no tribunal penal internacional. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (orgs.). op. cit., p. 298-299.

⁶³ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho e razón**: teoria del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1995, p. 13.

Câmara de Apelações pode constatar que o Tribunal não considerou fatores como a gravidade do crime e a situação pessoal do acusado e, por tal motivo, aplicou pena desproporcional ao crime. Então, a Câmara de Apelações pode modificar a pena - art. 81 (2) (b). De outra parte, caso o Tribunal considerar que existem razões que justificariam a anulação da decisão de culpabilidade, no todo ou em parte, convocaria o condenado ou seu representante legal para apresentar as motivações que comprometeriam a equidade ou a confiabilidade do processo e da decisão.

Caso a culpabilidade seja o objeto da apelação, o art. 81 delega ao Promotor, bem como à pessoa condenada, a faculdade de aviar um recurso baseado em um vício processual, ou erro de fato ou erro de direito. O art. 81 (1) (b) (IV), entretanto, vai além, e transfere, seja à pessoa declarada culpada, seja ao seu representante legal, o direito de recorrer acerca da culpabilidade, fundamentado em qualquer motivo de natureza que possa comprometer a equidade ou a confiabilidade do processo ou da decisão. O art. 83, (2) prevê:

Art. 83 –

[...]

2. Se o Juízo de Recursos concluir que o processo sujeito a recurso padece de vícios tais que afetem a regularidade da decisão ou da sentença, ou que a decisão ou a sentença recorridas estão materialmente afetadas por erro de fato, ou de direito, ou vício processual, ela poderá:

Anular ou modificar a decisão ou a pena; ou

Ordenar um novo julgamento perante um outro Juízo de Julgamento em Primeira Instância.

Quanto à apresentação de novas provas aptas a convencer a Câmara, o Estatuto permitiu que esta poderá encaminhar uma demanda relativa a uma questão de fato, à Câmara de Julgamento de Primeira Instância inicialmente convocada, para que esta a examine e lhe comunique suas conclusões. Também, a própria Câmara de Apelações poderá solicitar os meios de prova e resolver – art. 83 (2).

Merece referência o fato de que o Estatuto de Roma não prevê de maneira explícita a possibilidade de recurso de apelação de uma decisão de absolvição. Caberá à jurisprudência do Tribunal a manifestação e definição a respeito – art. 81 (3) (I).

Como já referido, excepcionalmente, a Câmara de Apelações do TPI poderá pronunciar sentença estando ausente o acusado. Durante o processo de apelação, no entanto, há diferença no tratamento dispensado ao sentenciado. Se a sentença for absolutória há uma consequência jurídica. Sendo condenatória a decisão, a decorrência é distinta. Diante do reconhecimento de culpa no processo em primeira instância, o culpado permanece detido durante o processo de apelação, a menos que a Câmara de Julgamento de Primeira Instância

tenha decidido de maneira diversa – art. 81 (3) (a). Havendo absolvição, o acusado é posto imediatamente em liberdade, ressalvadas circunstâncias excepcionais fundadas no risco de evasão, na gravidade da infração e na real possibilidade de ver o recurso atingir um final condenatório. Presentes qualquer destas hipóteses, a Câmara de Primeira Instância, a pedido do Procurador, pode ordenar a manutenção da detenção do acusado durante o processo recursal – art. 83 (3) (c) (I).

Ainda com respeito às provas, é pertinente destacar que a Câmara de Apelações possui os mesmos poderes da Câmara de Primeira Instância para decidir sobre a culpabilidade ou sobre a pena. Acresça-se, é admitido que a sentença da Câmara de Apelações deve estar motivada e ser adotada pela maioria dos juízes e pronunciada em audiência pública. Não havendo unanimidade, a sentença conterà apreciação da maioria e da minoria, o que não impede de um juiz exprimir opinião separada ou mesmo uma opinião dissidente sobre uma questão de direito – art. 83 (4).

No tocante à revisão da sentença condenatória ou da pena, deve fundamentar-se apenas nos seguintes motivos: descoberta de novos elementos de prova ou o descobrimento da utilização de elementos de prova falsos – art. 84 (1) (a) – ou em virtude da ocorrência de algumas das circunstâncias que autorizam ou justificam o afastamento do cargo de um magistrado – art. 84 (1) (c). Os motivos da revisão da sentença condenatória ou da pena são *numerus clausus*, por conseguinte. De outro aspecto, a revisão de um julgamento do TPI em função da culpabilidade ou da pena apresenta três características inteiramente excepcionais: o Estatuto do Tribunal delega à Câmara de Apelações a competência para responder a uma demanda de revisão; a segunda característica refere-se à capacidade ativa para propor a demanda de revisão de um julgamento definitivamente pronunciado. O Estatuto estendeu a capacidade postulatória. Assim, além do considerado culpado, em caso de falecimento deste, são legitimados a propor a demanda revisional a sua esposa, os filhos, os pais ou qualquer pessoa viva que tenha recebido, por escrito, instruções precisas a respeito ou, ainda, o Promotor agindo em nome deste. O Estatuto do Tribunal admite o fundamento clássico de uma demanda revisional de sentença condenatória. Assim, a revisão deverá embasar-se na descoberta de um fato novo que, ao tempo da instauração do processo não era conhecido e, se fosse trazido aos autos, muito provavelmente o resultado do veredicto teria sido diferente. Exige mais, entretanto, que a ignorância desse novo elemento probante não seja imputada, no todo ou em parte, ao demandante.

O Estatuto do TPI traz inovações também relativamente a outros aspectos. Permite que a revisão se apóie na descoberta da falsidade de um elemento de prova decisivo, utilizado

como fundamento da culpabilidade. Admite, na seqüência, que a demanda de revisão possa se fundamentar na comprovação da prática de erro ou de omissão, de um ou vários juízes, os quais declararam a culpabilidade. O ato deve ser suficientemente grave para justificar o afastamento dos membros do Tribunal de suas funções – art. 46.

Uma vez analisada a demanda de revisão, a Câmara de Apelações tem duas possibilidades, quais sejam: poderá considerar a petição sem fundamento e, por conseguinte, rejeitá-la. Admitindo que a petição tem motivos plausíveis, advêm três opções: poderá reunir novamente a Câmara de Julgamento em Primeira Instância – a qual pronunciou o julgamento inicial – constituir uma nova petição ou permanecer com o caso a fim de determinar se o mesmo deve ser revisado. O Estatuto concede liberdade de escolha para a Câmara de Apelações, que poderá fazer a escolha de uma das três opções segundo sua conveniência. Caso ela permanecer responsável pelo caso, deve ouvir as partes segundo os ditames previstos no Regulamento de Procedimento e Prova.

Das revisões no Tribunal, caberão recursos de apelação. Estes se adaptam à realidade processual do Direito Internacional Penal, com vistas a alcançar a estabilidade jurídica.

No tocante à execução das penas, deve-se considerar que o Tribunal não possui prisões disponíveis para a detenção dos acusados. Diante de tal fato, a ordem de prisão deve ser cumprida no Estado designado pelo TPI – art. 103 (1) (a). Dentre os Estados que tenham disponibilizado prisões para receber pessoas condenadas, o Tribunal, ao proceder a indicação, considerará a opinião do condenado, sua nacionalidade, condições pessoais e outras circunstâncias relativas ao crime. A detenção, além de obedecer às leis e regulamentos do Estado da execução, devem ser respeitados os padrões internacionais, especialmente, com relação aos Direitos Humanos – art. 106 (2). As condições de prisão ou de execução das penas serão supervisionadas pelo Tribunal, que possui, ainda, competência exclusiva para decidir os pedidos de revisão bem como recursos de apelação. Na hipótese de nenhum Estado ser indicado, a pena de prisão deverá ser cumprida em local apropriado na sede do TPI.

Em se tratando de um Tribunal institucionalizado, o mesmo está alicerçado em princípios de Direito Internacional Penal, os quais abordaremos no item seguinte.

1.3.3 Princípios

Princípio, do latim *pricipium*, significa, numa acepção vulgar, início, começo, origem das coisas. Paulo Bonavides⁶⁴ assevera que tal noção deriva da linguagem da geometria, *designa as verdades primeiras*. Logicamente, não é este o sentido que adotamos quando nos referimos aos princípios jurídicos.

A palavra *princípio*, no aspecto jurídico, expressa a idéia de *mandamento nuclear de um sistema*, utilizando o célebre conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello :

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico [...] ⁶⁵

Importante apontar, relativamente à multidimensionalidade do sentido da palavra *princípios*, é que, no atual estágio de evolução da Teoria Geral do Direito, os princípios jurídicos, em qualquer face em que se ponha o operador do direito, têm a característica de possuírem um grau máximo de juridicidade, isto é, uma normatividade potencializada e predominante. *Tanto uma constelação de princípios quanto uma regra positivamente estabelecida podem impor uma obrigação legal*, no magistério de Ronald Dworkin⁶⁶.

Celso Antônio Bandeira de Mello é enfático:

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma [rectius, regra]. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. ⁶⁷

Em face da fundamental característica normativa dos princípios, correta a noção criada por Crisafuli, já em 1952:

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem,

⁶⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros 1998. p. 228.

⁶⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: RT, 1980. p. 230.

⁶⁶ DWORKIN *apud* BONAVIDES, op. cit., p. 238.

⁶⁷ MELLO, op. cit., p. 230.

potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.⁶⁸

Norberto Bobbio faz uma clara análise dos princípios gerais do Direito, inserindo-os no amplo conceito de normas:

Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha questão entre juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo que servem as normas. E por que não deveriam ser normas?⁶⁹

Inegável, pois, a importância dos princípios para todo e qualquer sistema jurídico, mormente para o Direito Penal Internacional. A respeito, Kai Ambos leciona:

No plano do Direito Penal Internacional, está ainda mais claro que a validade e obrigatoriedade geral de princípios jurídico-penais com operatividade supranacional, como agora foram formulados na terceira parte do ETPI [Estatuto do Tribunal Penal Internacional], resulta de um processo de negociação orientado para a solução de problemas e de consenso, a cujo termo não se impõem dados supostamente lógico-objetivos (...), mas sim fórmulas de compromissos de política criminal e de política de Direito Internacional. Portanto, trata-se aqui de compromissos de política de Direito Internacional em forma de lei, os quais reagem a determinados desenvolvimentos do Direito Penal Internacional e – no melhor dos casos – estão assegurados pelo direito comparado.⁷⁰

Analisemos, embora brevemente, os princípios que norteiam o TPI. Iniciamos pelo princípio da complementaridade, de grande relevância para o nosso estudo. Destacado este princípio, não será observada ou atribuída ordem de importância aos demais princípios que seguem. Assim sendo, a seqüência foi feita sem o intuito de valorizar mais sobrepondo um princípio em relação a outro, com exceção da complementaridade, que representa uma inovação do Estatuto de Roma comparativamente analisado com os tribunais *ad hoc* anteriormente criados, os quais tinham primazia sobre a jurisdição interna dos Estados.

⁶⁸ BONAVIDES, op. cit., p. 230.

⁶⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 7 ed. Brasília: UnB, 1996. p. 159.

⁷⁰ AMBOS, Kai. A construção de uma parte geral do direito penal internacional. In: AMBOS, Kai; JAPIASSÚ, A. (orgs.). op. cit., p. 10.

1.3.3.1 Princípio da complementaridade

O Tribunal Penal Internacional insere-se no sistema do Direito Penal Internacional, sendo que sua atuação se assenta sobre alguns princípios fundamentais. Considerando-se a relevância dos princípios, o Estatuto de Roma reservou um capítulo⁷¹ exclusivo aos princípios gerais do Direito Penal sendo, talvez, o mais importante o da *complementaridade*. De acordo com o mesmo, a Corte somente atua se o Estado que tem jurisdição sobre determinado caso não iniciou o devido processo ou, se o fez, agiu com o intuito de subtrair o acusado à justiça ou de mitigar-lhe a sanção. A Corte, pois, atua apenas subsidiariamente, agindo sobretudo na hipótese em que ocorre *falência das instituições nacionais*.

José Francisco Rezek apregoa:

No domínio estrito da complementaridade, o Tribunal Penal Internacional não pretende, em absoluto, esvaziar a competência que, para o processo penal, mesmo dos crimes da mais superlativa gravidade, foi confiada pelas constituições nacionais aos tribunais nacionais. O Tribunal pretende ser competente em certas hipóteses, sendo que a mais visível é a da falência das instituições nacionais – algo que acontece com muito maior frequência neste final de século do que imaginavam as pessoas no começo dele. Afora a hipótese de colapso, em que não há clima, circunstâncias ou instrumentos para o processo de crimes dessa gravidade no Estado que normalmente seria competente, há outras certamente mais raras, em que a Corte Internacional se entenda competente. Os nacionais, as pessoas acaso transferidas por um Estado ao Tribunal Internacional para processo e julgamento, não seriam necessariamente súditos do Estado que as entrega, mas poderiam ser súditos de um terceiro Estado, num mecanismo mais assemelhado à extradição. O Tratado de Roma prevê, com grande minúcia e inúmeras especificações, como enfrentar esse problema. O Estado que detém fisicamente a pessoa acusada é instado a entregá-la a um outro Estado que se entende competente e ao Tribunal Penal Internacional. Há regras que dizem com grande especificidade como determinar a preferência que inúmeras vezes recairá sobre o Tribunal. São, portanto, possíveis aquelas situações em que o Estado detentor da pessoa acusada não é nem o seu Estado patrial nem sequer o Estado que, por algum dos fundamentos da competência penal, deseja chamar a si o processo, mas um Estado que encara o problema com total isenção, com o mais absoluto sangue frio; que verifica, à luz das regras do Tratado, a quem transferirá tal pessoa.⁷²

Inegável, por conseguinte, que o Estatuto de Roma ao contemplar o princípio da complementaridade, ocasionou um embate jurídico acerca da conciliação desse com a soberania. Consoante o princípio da complementaridade o Tribunal complementa os sistemas de justiça penal interno dos Estados em relação aos crimes de sua competência. Preserva, por

⁷¹ Capítulo 3 do Estatuto: arts. 22 a 33.

⁷² REZEK, José Francisco. **Princípio da complementaridade e soberania**. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero11/agosto2000.htm>>. Acesso em: 14 mai. 2007. Texto baseado nas notas taquigráficas de conferência proferida no Seminário Internacional *O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira*, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 30 de setembro de 1999, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília-DF.

consequente, a soberania estatal. O TPI só atuará se o Estado que possui jurisdição para investigar os crimes e processar os acusados for incapaz de levar a termo a *persecutio criminis*, ou, então, não demonstrar interesse em realizar a perseguição criminal, mesmo que de maneira dissimulada, ou seja, aparentemente investiga e dá início à ação penal, mas na verdade, utiliza-se dessa estratégia para proteger o acusado. Por oportuno, inegável que muitos dos acusados serão chefes de Estado ou de governo ou integrantes dos mais altos escalões governamentais dos Estados.

Assim, o princípio da complementaridade previsto no art. 10 do preâmbulo e em outros artigos do Estatuto, dentre os quais destaca-se o art. 17, não substitui os tribunais nacionais, tendo atuação subsidiária às cortes nacionais, visto que estas possuem prioridade no exercício da jurisdição. Tal característica diferencia o TPI dos tribunais *ad hoc* anteriormente criados, visto que estes possuíam prioridade sobre a jurisdição dos Estados.

Evidentemente que a acessibilidade ao conjunto probatório é facilitada no Estado que ocorreu o crime, ocasionando, inclusive, a redução de custos, visto que evita deslocamentos a longínquas distâncias em busca de provas.

Sem prejuízo ao princípio da complementaridade, a perseguição da proteção da soberania estatal é um aspecto que deve ser ressaltado, especialmente porque os Estados podem prescindir da jurisdição do Tribunal em dois momentos distintos: já no início da *persecutio criminis*, quando o Estado demonstra capacidade e vontade de realizar a investigação do fato criminoso – mesmo este sendo de competência do TPI – e levando a termo o processo criminal com vistas a apurar a culpabilidade do autor do crime. Um segundo momento em que fica evidenciada a preservação da soberania dos Estados ocorre após o desencadeamento da perseguição criminal pelo TPI. O(s) Estado(s) pode(m) desativar a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, desde que assumam de forma inegável e eficaz o desiderato de apurar o fato delituoso e propor a ação penal com vistas à verificação da responsabilidade do autor. Fica, assim, preservada a soberania estatal, o que na ótica de Cristoph Gammer⁷³ foi um dos fatores responsáveis pelo elevado grau de aceitação do Estatuto de Roma.

A adoção do princípio da complementaridade também representa o desenvolvimento do Direito Internacional Penal. Os Estados que ratificam o Estatuto de Roma não só admitem a perseguição penal internacional em relação aos crimes considerados mais graves contra a humanidade, mas também acolhem a idéia de combate à impunidade criminal como tarefa

⁷³ GRAMMER, Cristoph. **O sistema do Estatuto de Roma como força motriz do direito penal internacional.** In: AMBOS, Kai; JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. op. cit., p. 34.

nacional prioritária, tornando-se capazes de realizar a *persecutio criminis* dos fatos tipificados no Estatuto, passando, esses, a serem integrantes do Direito interno dos Estados Partes.

Valério de Oliveira Mazzuoli manifesta-se a respeito, *in verbis*:

Os Estados Partes no TPI terão, doravante, um papel importante no que tange à compatibilização das normas do Estatuto de Roma – respeitando o dever consuetudinário insculpido com todas as letras no art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, segundo o qual um Estado parte em um tratado internacional tem a obrigação de cumpri-lo de boa-fé, no sentido de fazer editar a normatividade interna infraconstitucional necessária para que o Estatuto possa ser eficazmente implementado e não se transforme em letra morta, sob pena de responsabilização internacional.⁷⁴

A adesão ao Estatuto, ao invés de fazer sucumbir a soberania estatal, internacionaliza a jurisdição interna, ou seja, o poder de coerção, que era de Direito interno, passa a ter aplicação extra fronteiras, havendo exportação do Direito nacional, por conseguinte. Esta é a concepção que se obtém da análise do princípio da complementaridade, desde que não observado isoladamente, mas em integração com a soberania estatal.

1.3.3.2 Princípio da jurisdição universal

Há uma crescente tendência de legislações nacionais de ampliação da jurisdição e competência estatais com vistas à internacionalização do poder estatal para a persecução criminal dos fatos tipificados no Estatuto de Roma. É possível apregoar que, em decorrência natural do princípio da complementaridade, advém-nos o *princípio da universalidade*, pelo qual os Estados Partes se colocam integralmente sob a jurisdição da Corte, não podendo subtrair de sua apreciação determinados casos ou situações, verdadeiramente engajando-se na tarefa de atribuir-se competência, via adoção de procedimentos nacionais eficazes para investigar, processar e julgar os suspeitos de crimes internacionais. O princípio da jurisdição universal é regra de Direito Internacional contemporâneo através do qual há, não apenas a faculdade, mas também a obrigação de os Estados exercerem sua jurisdição sobre as pessoas suspeitas de serem autoras de crimes internacionais, sendo irrelevante o local em que tais crimes tenham sido cometidos, ou se os suspeitos ou as vítimas serem nacionais ou não, ou se tais crimes representam ameaça direta ou indireta aos interesses dos Estados em matéria de segurança. Por meio deste princípio, o juiz nacional pode conhecer feitos, embora não tenha nexos jurisdicionais com eles. Permite qualquer Estado, com legislação pertinente ao princípio da extraterritorialidade, julgar um suposto culpado que se encontre em seu território sem a

⁷⁴ MAZZUOLI, op. cit., p. 146.

necessidade de remessa ao TPI. Por força deste princípio os Estados proferem, em matéria de Direito Penal Internacional, decisões que serão observadas universalmente.

Juntamente com a competência universal, no entanto, deve haver harmonização do direito aplicável, de modo a suplantar os particularismos nacionais. Diante dessa ótica, os crimes internacionais ficam submetidos tanto à ordem jurídica internacional quanto às diferentes ordens jurídicas nacionais. O juiz nacional, então, ao julgar um indivíduo por um desses crimes, pode ser considerado como exercente de uma função internacional e aplicador de um direito de abrangência universal, mais próximo de uma nova forma de Direito das Gentes do que do Direito Internacional clássico. A aplicação e a integração de regras internacionais ao Direito interno deve ser completa – sem ressalvas – e não pode haver divergências de um Estado para outro.

Apesar do princípio da complementaridade também representar um risco para a eficácia do TPI, a integração desse parâmetro norteador do Tribunal com a soberania dos Estados, torna-se imprescindível ao incremento positivo na aceitação do Estatuto de Roma.

1.3.3.3 Princípio da legalidade

O Direito Penal tem como função a proteção de bens jurídicos⁷⁵, prevendo ou impondo sanções aos infratores. A atividade estatal penal consiste não apenas na repressão aos crimes, mas também na atividade preventiva, buscando intimidar ou desestimular os indivíduos de praticarem ilícitos penais. Ao mesmo tempo que o Estado desenvolve a *peseutio criminis*, no entanto, é imprescindível que se tenha mecanismos de limitação ao poder punitivo estatal, de maneira que, ao exercê-lo, os cidadãos não fiquem desprotegidos, totalmente ao dispor da *fúria* estatal. Tão ou mais grave que o cometimento de um crime pelo cidadão consiste o exercício exagerado do direito de punir pelo Estado.

Claus Roxin apregoa:

É dizer, que o ordenamento jurídico não apenas há de dispor de métodos e meios adequados para prevenção do delito, mas também há de impor limites no emprego do poder punitivo, para que o cidadão não fique desprotegido à mercê de uma intervenção arbitrária ou excessiva do “Estado Leviatã”.⁷⁶

⁷⁵ Poder-se-ia dizer que uma norma penal que não protege um bem jurídico é ineficaz, pois é uma intervenção excessiva na liberdade dos cidadãos. ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Organizadores e tradutores André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 27.

⁷⁶ ROXIN, Claus. La estructura de la teoría del delito. **Derecho penal, parte geral, fundamentos**. Madrid: Civitas, 1999. t. I, p. 137.

O princípio da legalidade constitui-se, desta maneira, em uma efetiva limitação ao poder punitivo estatal, objetivando preservar o cidadão infrator, ou apenas suspeito de ter cometido um delito, de toda e qualquer arbitrariedade e exercício exacerbado do poder repressivo, diminuindo a disparidade e evitando a politização da persecução criminal. Resguarda um princípio básico de justiça, qual seja, uma pessoa não pode ser punida sem que os atos a ela imputados estejam tipificados em lei⁷⁷.

A concretização do princípio da legalidade como regra fundamental para o Direito Penal foi edificada ao longo dos anos. Desde a Segunda Guerra Mundial o princípio foi adotado em diversos tratados e declarações internacionais, destacando-se: 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 Humanos⁷⁸. Atualmente, o princípio é observado em diversas ordens jurídicas de todo o mundo. No Brasil, integra o ordenamento jurídico desde a Constituição do Império e em todos os Códigos Penais, sem exceção.

1.3.3.4 Princípio da irretroatividade

É o princípio *tempus regit actum*. A irretroatividade da lei penal é regra para a resolução dos conflitos de leis penais no tempo. A partir do momento que uma lei penal entra em vigor até cessar sua vigência, ela rege todos os atos nela previstos. O princípio da irretroatividade, por conseguinte, concede segurança ao princípio da legalidade. De regra, a lei penal não retroage nem tem ultratividade. Esses fenômenos só podem ser verificados para beneficiar o réu. Assim sendo, o Estatuto do TPI consagra o princípio da irretroatividade no art. 24 I ao determinar que *nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, de acordo com o presente estatuto, por uma conduta anterior à entrada em vigor deste Estatuto*.

1.3.3.5 Princípio do *ne bis in idem*

A solução de conflitos de leis penais no espaço vale-se da diretriz traçada por este princípio, segundo o qual o acusado não pode sofrer dupla persecução criminal pelo mesmo fato delituoso. Independentemente do Estado onde o condenado tenha sido julgado ou

⁷⁷ SCHABAS, William A. Princípios gerais de direito penal. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (orgs.) op. cit. p. 158.

⁷⁸ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O tribunal penal internacional**: a internacionalização do direito penal. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 155.

cumprido pena pela prática de um crime, não poderá sofrer nova represália penal em face desse mesmo delito. O art. 20 (1) e (2) prescrevem, *in verbis*:

Art. 20 –

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

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

Vale lembrar que os crimes previstos no art. 5º são os de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão. A aplicação deste princípio, sob este prisma, demonstra que a sentença do Tribunal Penal Internacional esgota o litígio tanto na esfera internacional quanto interna.

O próprio Estatuto, no entanto, prevê hipóteses em que o Tribunal poderá rejulgar pessoas que já tenham sido anteriormente julgadas por uma outra jurisdição. Tais possibilidades estão assim descritas:

Art. 20 –

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

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

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

Sob esta ótica, fica evidenciado que o desiderato legal é coibir a impunidade, impedindo que os autores dos graves crimes tipificados no Estatuto – na grande maioria, governantes ou agentes estatais – furem-se da devida reprimenda penal, não sendo responsabilizados pelos delitos praticados.

1.3.3.6 Princípio da irrelevância da função oficial

O *princípio da irrelevância da função oficial*, por sua vez, permite que sejam responsabilizados chefes de Estado ou de governo, ministros, parlamentares e outras autoridades, sem qualquer privilégio ou imunidade. Sendo fim precípua do Tribunal Penal Internacional o combate à impunidade, seria um descrédito se a função oficial ocupada pelo acusado pudesse obstaculizar tal propósito. O art. 27, ao estabelecer que suas determinações

serão aplicadas a todos os acusados, sem eximir a pessoa da responsabilidade criminal nem sendo causa de diminuição de pena, desconsiderando a função oficial desempenhada, consagra a um só tempo o princípio da função oficial e o princípio da igualdade, visto que qualquer acusado tem tratamento igualitário perante o Estatuto, sem privilégios.

Nos termos do art. 27, §§ 1º e 2º, do Estatuto de Roma, a competência do Tribunal aplica-se de forma igual a todas as pessoas, sem distinção alguma baseada na sua qualidade oficial. Em particular, a condição oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público, em caso algum poderá eximir a pessoa em causa de responsabilidade criminal nos termos do Estatuto, nem constituirá de *per se* motivo para a redução da pena. Diz ainda o Estatuto que as imunidades ou normas de procedimentos 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.

As imunidades ou normas de procedimentos especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa, consoante o Direito interno ou o Direito Internacional não podem obstaculizar que o Tribunal exerça sua função sobre essa pessoa. Inegável que os crimes de competência do TPI, geralmente, são praticados por pessoas que se valem de privilégios que lhes são atribuídos pelos seus ordenamentos jurídicos internos. Por tais razões, as imunidades, tanto internas quanto internacionais, não devem servir de sustentáculo para o impedimento do exercício da jurisdição, consistindo este princípio, em condição de eficácia do TPI. Pode-se afirmar que a aplicação das imunidades está diretamente ligada à permissibilidade da perpetuação de crimes e conseqüente impunidade dos responsáveis, ocasionando o descrédito e a desconfiança no Tribunal Penal Internacional. Este princípio é corolário do princípio da responsabilidade penal internacional individual.

1.3.3.7 Princípio da responsabilidade penal internacional individual

O Tribunal Penal Internacional trouxe um novo princípio embaixador, que constitui uma figura ímpar, singular e, por esse motivo, mereceu uma ênfase destacada. A regra da *responsabilidade penal individual* representa a correspondência do direito com a obrigação. Se ao indivíduo lhe é concedido direitos em âmbito internacional, em contrapartida, há a exigência do cumprimento de obrigações por parte desse. O Estatuto contempla a regra da responsabilidade penal individual, segundo a qual o indivíduo responde pessoalmente por seus atos, sem prejuízo da responsabilidade do Estado.

Consiste em uma das principais virtudes do Estatuto de Roma. É a consagração da responsabilidade penal por atos violadores do Direito Internacional, devendo recair sobre os indivíduos que os perpetraram, deixando de terem efeito as eventuais imunidades e privilégios ou mesmo a posição ou os cargos oficiais que os mesmos porventura ostentem. Nos termos do art. 25 e parágrafos, o Tribunal tem competência para julgar e punir *peças físicas*, sendo considerado individualmente responsável quem cometer um crime da competência do Tribunal. Nos termos do Estatuto, será considerado criminalmente responsável e poderá ser punido pela prática de um crime da competência do Tribunal quem: *a)* cometer esse crime individualmente ou em conjunto ou por intermédio de outrem, quer essa pessoa seja, ou não, criminalmente responsável; *b)* ordenar, solicitar ou instigar a 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; e *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.⁷⁹

A consagração do princípio da responsabilidade penal internacional dos indivíduos é, sem dúvida, uma conquista da humanidade. E, como diz Cachapuz de Medeiros, esta idéia vem sendo sedimentada *desde os tempos em que Hugo Grotius lançou as bases do moderno Direito das Gentes*. Este grande jurista holandês divergiu, ao seu tempo, da noção corrente àquela época – e que ainda mantém alguns seguidores na atualidade – de que o Direito Internacional está circunscrito tão-somente às relações entre Estados, não podendo dizer respeito diretamente aos indivíduos. Daí ter o Estatuto de Roma seguido o que se escreveu em Nuremberg em 1946: *Crimes contra o direito internacional são cometidos por indivíduos, não por entidades abstratas, e os preceitos de direito internacional fazem-se efetivos apenas com a condenação dos indivíduos que cometeram esses crimes*.⁸⁰

O chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos, que emerge finda a Segunda Guerra Mundial, vem sepultar de vez essa antiga doutrina, que não atribuía aos indivíduos personalidade jurídica no Direito das Gentes. A idéia crescente de que os indivíduos devem ser responsabilizados no cenário internacional, em decorrência dos crimes cometidos contra o Direito Internacional, aparece bastante reforçada no Estatuto de Roma que, além de ensejar a punição dos indivíduos como tais, positivou, no bojo de suas normas, ineditamente, os

⁷⁹ MAZZUOLI, op. cit., p. 562-563.

⁸⁰ CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. O tribunal penal internacional e a constituição brasileira. *In: O que é o tribunal penal internacional*. Brasília: Câmara dos Deputados/Coordenação de Publicações, 2000. p.14.

princípios gerais de Direito Penal Internacional (arts. 22 a 33), bem como trouxe regras claras e bem estabelecidas sobre o procedimento criminal perante o Tribunal (arts. 53 a 61).

1.3.3.8 Princípio da responsabilidade de comandantes e outros superiores

O art. 28 acolhe o *princípio da responsabilidade de comandantes e outros superiores*, exigindo que todos os chefes militares, mesmo que não estejam fisicamente presentes no local dos crimes, envidem todos os esforços ao seu alcance para evitá-los, sob pena de neles ficarem implicados.

Segundo esse princípio, responsabiliza-se não apenas comandantes militares, mas também civis. Nos primeiros dias da Conferência Diplomática dos Plenipotenciários, os Estados Unidos apresentaram uma proposta dividindo a norma em duas partes, efetuando a distinção entre um comandante que “tinha forças sobre seu efetivo controle”, e um civil superior, que possui “subordinados sob sua autoridade”. Para o caso do comandante, este seria responsável quando sabedor, ou deveria saber, acerca da prática de crimes. Já o superior civil deve ter conhecimento dos crimes. A Alemanha chegou a propor que para a responsabilidade de civis seria suficiente se o superior estivesse *completamente cego* ou *desatento a uma questão substancial*. Foi adotada, então, uma diferenciação entre um *comando militar ou pessoa agindo como tal e relação entre superior e subordinado não descrita* nas provisões. Em face disso, para que ocorra a responsabilização, um militar deve ou deveria saber, enquanto o civil será responsabilizado por saber *ou estar conscientemente desatento a uma informação distintiva* que seus subordinados cometem ou estão para cometer crimes⁸¹.

A responsabilidade criminal estabelecida também abrange a negligência no comando. O comandante militar, ou mesmo o civil, podem ser responsabilizados pela negligência no cumprimento dos seus deveres, possibilitando punição não apenas consoante as leis penais, mas também pelas normas disciplinares de Direito interno. É difícil, porém, imputar-se negligência à prática de crimes que requerem, essencialmente, o dolo, a intenção de cometê-los. William Schabas⁸² adverte que, *logicamente, não é possível compatibilizar a negligência com o dolo. Desde um ponto de vista político, é também questionável se a justiça internacional deve se preocupar com delitos culposos. De qualquer maneira, o conceito é bem acatado.*

⁸¹ SCHABAS, William A. Princípio gerais de Direito Penal. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (orgs.), op. cit., p. 175.

⁸² Idem, p. 175-176.

A responsabilização do comando facilita a persecução criminal no caso dos subordinados terem cometido crimes, pois comumente, a estratégia de defesa consiste em negativa de autoria, já que, dificilmente, o comandante encontra-se no local do delito no momento da consumação deste.

O Estatuto de Roma, art. 30, especifica todos os elementos para que um crime seja considerado cometido *intencionalmente e com conhecimento*. A expressão, ao início da frase, *a menos de outro modo determinado*, tem efeito na determinação da responsabilidade no comando.

Para Willian Schabas:

O Estatuto de Roma, em seu art. 30, determina todos os elementos para que um crime seja considerado como cometido "intencionalmente e com conhecimento", iniciando com a frase "a menos de outro modo determinado", o que deve ter efeito na determinação da responsabilidade de comando. Não significa, de qualquer modo, que inexista conflito com outras normas ao se tratar de responsabilidade no comando. O crime de genocídio, de caráter nitidamente intencional, não permite que se atribua a conduta por negligência. Embora tenha-se lutado muito pela inclusão da responsabilidade de civis no Estatuto, o efeito da norma provavelmente estreitará o conceito, ao menos como vem sendo aplicada nos tribunais *ad hoc*. De acordo com o Estatuto de Roma, ao superior é imputada a conduta se tivesse conhecimento ou, ao menos, conscientemente descurado de informação que claramente indicasse que seus subordinados estavam cometendo crimes. Por esta definição não há negligência, mas apenas a necessidade do pleno conhecimento.⁸³

Derradeiramente, impende destacar que a adoção deste princípio da responsabilidade do comandante e outros superiores, sejam civis ou militares, impõe uma obrigação de controle dos subordinados, imputando a aqueles a culpabilidade no caso de falharem no exercício da função que lhes é atribuída.

1.3.3.9 Princípio da imprescritibilidade

O *princípio da imprescritibilidade* está contemplado no art. 29 do Estatuto, de acordo com o qual os crimes de competência do Tribunal jamais terão extintas a punibilidade pelo decurso do tempo, embora ninguém possa ser julgado por delitos praticados antes da entrada em vigor do Tratado, a par da adoção do princípio da irretroatividade. A fundamentação deste princípio está na gravidade dos crimes tipificados no Estatuto de Roma, que torna impossível a fixação de um lapso temporal que limite a legitimação para aplicação da lei penal internacional. Ao contrário de muitas legislações internas, que prevêm a

⁸³ Idem, p. 177.

prescrição dos crimes, perante a jurisdição do TPI, não ocorre a perda do direito de punir nos crimes de sua competência.

1.3.4 Competência *ratione materie*

Com certeza, não poderíamos nos olvidar neste estudo, embora breve, da competência do Tribunal Penal Internacional, que além de dar legalidade a sua atuação, é instrumento de controle, tendo em vista que somente os crimes tipificados no Estatuto de Roma poderão ser objeto de apreciação pelo mesmo. Se assim não fosse, implicaria na transformação do Tribunal Penal Internacional em Tribunal de exceção.

A competência internacional do TPI determina o momento e as circunstâncias que autorizam e imputam o exercício da jurisdição que lhe é atribuída. A competência pode se dar em função da matéria (*ratione materie*) – Capítulo V, do Estatuto – ou em função de competências remanescentes, ou seja, pessoal (*ratione persone*), temporal (*ratione temporis*) e territorial (*ratione loci*).

A matéria controvertida da lide representa o critério de fixação da competência do TPI. O desiderato de prevenção e repressão dos mais bárbaros crimes violadores do Direito Internacional Humanitário, tais como a vida, a dignidade humana, a paz e a segurança internacionais são reconhecidos como bens jurídicos a serem universalmente tutelados, vez que o cidadão nacional se tornou cidadão internacional. Dessa forma, os crimes previstos no Estatuto são capazes de afetar a comunidade universal, em face da gravidade e da ameaça que representam para a sociedade global. A importância fundamental de não apenas tipificar as infrações contra os direitos humanos, mas, sobretudo, de proteger e implementar os direitos humanos é ilustrada por Norberto Bobbio:

A questão principal não é saber quais e quantos são esses direitos; qual a sua natureza ou fundamento; se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos; mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, sejam violados.⁸⁴

O Estatuto de Roma contém uma lista tipificada dos delitos sujeitos à jurisdição do Tribunal. Constitui-se, assim, o Estatuto num verdadeiro código criminal internacional. Para esse fim foram utilizadas, na maioria dos casos, definições constantes em tratados ou outras fontes do Direito Internacional. Em alguns casos, particularmente no capítulo dos crimes

⁸⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 25.

contra a humanidade, foi preciso adaptar as definições ao contexto desejado para o Tribunal ou mesmo inovar, frente a lacunas do Direito Internacional convencional, como foi o caso dos crimes de natureza sexual.

Segundo a competência *ratione materie*, são os seguintes os crimes previstos no Estatuto⁸⁵:

Genocídio – Definição contida na Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, de 9/12/49. O Estatuto define o crime de genocídio como qualquer ato praticado "com intenção de destruir total ou parcialmente grupo nacional, étnico, racial ou religioso", compreendendo: matar membros do grupo; causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capaz de ocasionar-lhes a destruição física, total ou parcial; adotar medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo; e efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.

Crimes contra a humanidade – O art. 7º lista dez figuras criminais e agrega nove definições de expressões ou termos. Os crimes contra a humanidade, qualificados como *qualquer ato praticado como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil e com conhecimento de tal ataque*, incluem: homicídio; extermínio; escravidão; deportação ou transferência forçada de populações; encarceramento ou privação grave da liberdade física em violação a normas fundamentais de direito internacional; tortura; estupro; escravidão sexual, prostituição compulsória, gravidez imposta, esterilização forçada ou outros abusos sexuais graves; perseguição de um grupo ou coletividade com identidade própria, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais ou religiosos; desaparecimento de pessoas; *apartheid*; e outras práticas que causem grande sofrimento ou atentem contra a integridade física ou saúde mental das pessoas.

Crimes de guerra – São crimes de guerra os praticados em conflitos armados de índole internacional ou não, em particular quando cometidos como parte de um plano ou política para cometê-los em grande escala, abrangendo violações graves das Convenções de Genebra de 1949 e demais leis e costumes aplicáveis aos conflitos armados, especialmente: homicídio doloso; tortura e outros tratamentos desumanos; ataque a civis e destruição injustificada de seus bens; tomada de reféns; guerra sem quartel; saques; morte ou ferimento de adversários que se renderam; utilização de veneno e de armas envenenadas; manejo de

⁸⁵ BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro**: de Nuremberg a Haia. Tradução de Luciana Pinto Venâncio. Barueri, SP: Manole, 2004.

gases asfixiantes ou armas tóxicas; uso de armas, projéteis, materiais ou métodos que causem danos supérfluos ou sofrimentos desnecessários; emprego de escudos humanos; morte de civis por inanição; organização de tribunais de exceção; e recrutamento de crianças menores de 15 anos. Também conhecidos como *Crimes contra as leis e costumes aplicáveis em conflitos armados*, os crimes de guerra fazem parte do Direito Costumeiro Internacional e têm como principais referências de codificação o regime de Haia (diversas Convenções e Protocolos) – relativos às limitações à conduta de hostilidades – e as Convenções de Genebra e seus Protocolos, referentes à proteção das vítimas dos conflitos. Assinale-se também que o Estatuto inclui na lista dos crimes de guerra os crimes cometidos em violação do direito de guerra contra o pessoal das Nações Unidas em missão humanitária ou de manutenção da paz.

Agressão – O crime de agressão, depois de muita discussão, acabou sendo inserido no Estatuto, mas não foi definido, pelo que não pode ser aplicado, diante da exigência de estrita tipificação das figuras delituosas que vigora no campo penal. Esse delito poderá ser mais tarde incluído na jurisdição do Tribunal, se for devidamente caracterizado por ocasião da reforma do Estatuto, que ocorrerá dentro de sete anos depois de sua entrada em vigor. Deverá, no entanto, amoldar-se à Carta das Nações Unidas, que prevê algumas hipóteses de guerra justa, a exemplo da intervenção para prevenir ou reprimir ameaças à paz. A inclusão do crime de agressão no Estatuto percorreu os trabalhos do Comitê Preparatório e da própria conferência. Apesar de a lógica favorecer a inclusão na lista de crimes de ações que estão na raiz de grande parte dos crimes mais graves cometidos contra a humanidade, dificuldades de natureza jurídica e política criavam obstáculos praticamente insuperáveis para sua incorporação eficaz. A solução encontrada foi incluir o crime de agressão na lista do art. 5º, mas condicionar o exercício da jurisdição pelo Tribunal Penal Internacional à aprovação de uma emenda ao Estatuto que contenha a definição de agressão, consistente com a Carta da ONU. Afora o significado moral ou político da inclusão, trata-se de um simples adiamento da questão. A tipificação jurídica do crime de agressão será resultado dos trabalhos da Comissão Preparatória do Tribunal Penal Internacional – *PrepCom*⁸⁶ – que está entabulando negociações no sentido de se chegar a um consenso sobre os elementos constitutivos de tal crime internacional.

⁸⁶ MAZZUOLI, op. cit., p. 551.

1.3.5 Penas aplicáveis

O Estatuto estabelece no art. 77 as penas aplicáveis, que podem ser divididas em privativas de liberdade e pecuniárias. Não há previsão de pena de morte no Estatuto.

Considerado culpado, o réu estará sujeito às seguintes penas: reclusão pelo prazo não superior a trinta anos; prisão perpétua, dependendo da gravidade do delito cometido e das circunstâncias pessoais do acusado; multa; e confisco de bens procedentes direta ou indiretamente da prática do crime. A pena será cumprida em um dos Estados Partes e poderá ser reduzida depois do cumprimento de um terço ou de 25 anos, no caso de prisão perpétua, atentando-se para a colaboração prestada pelo réu durante o julgamento.

O Tribunal poderá também fixar uma reparação às vítimas, sob a forma de reabilitação ou indenização, que será paga pelo réu ou por um 'Fundo Fiduciário', especialmente criado para esse fim, constituído por bens confiscados e por contribuições dos Estados Partes.

De outra parte, o art. 85 contempla a possibilidade de indenização das vítimas de erros judiciais. Tal dispositivo é corolário dos preceitos que admitem a destituição de juízes por motivos de alta gravidade – art. 46. Seria incompleto o Estatuto se reconhecesse a possibilidade da prática de erros, ou mesmo de fatos que pudessem ocasionar, até mesmo, a saída de membros do Tribunal – logicamente causando prejuízos ao demandante – se não ofertasse a contra prestação a tal atitude, representada pelo dever de indenizar as vítimas de erros judiciais.

Após um panorama geral de aspectos que julgamos os mais relevantes acerca do Tribunal Penal Internacional, passaremos ao estudo da teoria geral da eficácia, abordando conceitos e aspectos da eficácia de Direito interno e eficácia de Direito Internacional.

2 TEORIA GERAL DA EFICÁCIA

2.1 CONCEITO

O Direito é uma ciência preocupada em regular as relações através da criação de regras jurídicas⁸⁷, estas inspiradas nos fatos e visam o equilíbrio das relações sociais. Os fatos previstos nas normas jurídicas são denominados fatos jurídicos. O suporte fático, por sua vez, é um fato social que dá sustentação à criação de uma regra jurídica. Então, toda norma jurídica quando é concebida tem um fato social que lhe dá suporte, que serve de suporte fático para a lei, chamado fato social abstrato (ou hipotético). Quando este fato social abstrato está previsto na regra jurídica, ele é transformado em um fato jurídico. Tal transformação só ocorre quando se cria a norma jurídica⁸⁸.

Nesse processo há várias etapas a serem cumpridas. Podemos observar a norma legal em planos: existência, validade, vigência, incidência e eficácia. Num primeiro momento, atinge a existência. O ato pelo qual se atesta a existência da regra jurídica, no Brasil, por exemplo, é a promulgação. Assim sendo, a lei só existe quando editada por fonte de direito reconhecida pelo sistema jurídico.

A seguir temos a validade da norma legal criada. No ordenamento jurídico pátrio, a validade de uma lei é auferida consoante o critério adotado pelo titular do Poder Constituinte, seja originário ou derivado. O Direito origina-se basicamente do Estado, sendo válido afirmar que uma regra jurídica é considerada válida se não contrariar o sistema do Direito posto, devendo, pois, estar inserida no ordenamento jurídico, ou seja, devem ter sido observados os processos estabelecidos para a criação da norma legal – exceto nos casos de recepção pela Constituição Federal – e a competência constitucional do órgão criador da lei. A norma criada, portanto, deve guardar estreita pertinência com o sistema jurídico ao qual pertence, em plena harmonia com a Norma Maior, e também respeitada a competência para sua propositura.

⁸⁷ Regra jurídica, norma jurídica, norma legal, lei, dispositivo legal e dispositivo de lei são expressões sinônimas em nosso estudo.

⁸⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

Norberto Bobbio⁸⁹ defende a idéia que a validade de uma norma prescinde do fato da mesma ser ou não efetivamente aplicada na sociedade, uma vez que na definição de um Direito posto pelo Estado, tido como legítimo, não se induz o elemento eficácia.

Para Paulo de Barros Carvalho⁹⁰ é imprópria a utilização da palavra "validade" como predicado, isto é, como qualidade adjetivante de regra jurídica, pois, de acordo com o esquema cognoscitivo que adota (kelsenianismo), o simples fato de *pertencer ao sistema é a condição mesma de sua existência enquanto norma*. Assim, a validade é uma relação de pertinência da proposição jurídica com o sistema, sendo que de tal afirmação podem ser deduzidos dois aspectos: a dedutibilidade extraída da dinâmica jurídica – isto é, a dedutibilidade é consequência lógica das normas hierarquicamente superiores – e a conformidade com os processos e órgãos estabelecidos pela Norma Maior.

Tercio Sampaio Ferraz Junior⁹¹ sublinha que a questão da validade das normas (e do ordenamento) é uma questão zetética, isto é, uma questão aberta. Uma definição zetética exige distinção entre validade e existência, entre validade de normas jurídicas e de outras normas, como as morais. Do ângulo dogmático, a questão é fechada, tecnológica, isto é, uma questão de identificá-la dentro de um dado ordenamento jurídico.

Luiz Antonio Rizzatto Nunes admite que a validade :

Tanto pode referir-se ao aspecto técnico-jurídico ou formal quanto ao aspecto da legitimidade. No primeiro caso, fala-se de norma jurídica ser válida quando criada segundo os critérios já estabelecidos no sistema jurídico: respeito à hierarquia, que tem como ponto hierárquico superior a Constituição Federal; aprovação e promulgação pela autoridade competente; respeito a prazos e *quorum*; conteúdo de acordo com as designações de competências para legislar. No outro, fala-se do fundamento axiológico, cuja incidência ética seria a condição que daria legitimidade à norma jurídica, tornando-a válida.⁹²

Leib Soibelman⁹³ observa que a maioria dos autores de livros de filosofia do direito utiliza as palavras validade, validez ou vigência como sinônimas. O que varia é o sentido da validade.

Alf Ross distingue três acepções do vocábulo validade:

⁸⁹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

⁹⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário**: fundamentos jurídicos da incidência. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 53.

⁹¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 196.

⁹² NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 175.

⁹³ SOIBELMAN, Leib. Enciclopédia jurídica eletrônica. *In*: **Verbetes "validade e eficácia do direito"**. São Paulo: Saraiva, 1997.

- a) para significar que um ato jurídico tem ou não os seus efeitos desejados (ato válido ou ato nulo);
- b) para indicar a existência de uma norma ou sistema de normas (existência fática, existência de fato, existência real de um conjunto de fatos sociais);
- c) para indicar a força obrigatória do direito, entendida como qualidade moral.⁹⁴

Tudo está a indicar que, para Ross validade é o mesmo que eficácia, na medida em que não atribui ao conceito de validade nenhum caráter normativo, ou seja, que dela não decorre nenhum dever moral de obediência. Validez, seria, então, a forma abreviada com a qual nos referimos ao complexo de fatos sociais que provam a existência da norma.

Luís Legaz y Lacambra também aponta três sentidos de validade:

- a) o que é exigível e obrigatório sob o ponto de vista ético (validade filosófica);
- b) como fenômeno social, comportando-se os homens de acordo com os seus preceitos (validade fática ou sociológica do direito, equivalendo a eficácia);
- c) o que obriga a todos independentemente do seu conteúdo ético, pelo simples fato de ter sido estabelecido como direito, de acordo com as formalidades do sistema legal a que pertence (vigência do direito, legalidade do direito).⁹⁵

Ultrapassando-se esse plano, temos a publicação, com a qual identifica-se a possibilidade de vigência da regra. Validade, pois, não se confunde com vigência, visto que pode haver uma norma jurídica válida sem que, necessariamente, esteja vigente. Tal fato ocorre quando uma lei encontra-se em *vacatio legis* ou quando um dispositivo legal, embora revogado, continua produzindo seus efeitos para os casos regulados no pretérito. A vigência é uma característica que representa a obrigatoriedade da observância de uma determinada norma jurídica, possibilitando a incidência da lei.

No ordenamento jurídico brasileiro, a vigência da lei é tratada pela Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (LICC), estabelecendo os critérios que determinam o início da vigência. Consta no art. 1º: - *Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país 45 (quarenta e cinco) dias depois de oficialmente publicada.* No § 1º, estabelece que *nos Estados estrangeiros, a obrigatoriedade da lei brasileira, quando admitida, se inicia 3 (três) meses depois de oficialmente publicada.*

A maioria das leis, entretanto, já traz em seu texto a data em que passará a ter vigência. Geralmente, o início da vigência é simultâneo à publicação da lei. Não se pode desprezar, porém, que, por vezes, faz-se necessária à concessão de um período para que os

⁹⁴ ROSS, Alf. **El concepto de validez y otros ensayos**. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1969. p. 123.

⁹⁵ LACAMBRA, Luís Legaz y. **Filosofia del derecho**. Barcelona: Bosch ed., 1972. p. 689.

destinatários da nova norma legal possam conhecer, compreender e, desta forma, adaptarem-se ao que foi disciplinado.

A perda da vigência de uma norma jurídica ocorre quando outra norma de igual ou superior hierarquia modifica ou revoga, exceto nos casos em que a lei se destina à vigência temporária, estipulada no próprio texto legal ou em norma hierarquicamente superior.

Após esse estágio, temos que o dispositivo legal está apto a incidir sobre o suporte fático. No momento que ocorre a incidência de uma regra jurídica sobre determinado fato, tal circunstância passa a ter repercussão no mundo jurídico – produz efeitos – então, esse fato é jurídico.

Temos ainda, contudo, a questão da eficácia da norma jurídica.

*Derivado do latim *efficacia*, de *efficax* (que tem virtude, que tem propriedade, que chega ao fim), compreende-se como a força ou o poder que possa ter um ato ou um fato, para produzir os desejados efeitos.*⁹⁶

Valendo-nos dos ensinamentos de Pontes de Miranda⁹⁷, eficácia jurídica é irradiação do fato jurídico; portanto, depois da incidência da regra jurídica no suporte fático, que assim, e só assim, passa a pertencer ao mundo jurídico.

A eficácia jurídica, pois, provém da força jurídica ou dos efeitos legais atribuídos ao ato jurídico. Eficácia da lei é a vigência da norma jurídica após sua promulgação, ou em relação ao tempo de sua obrigatoriedade, ou em relação ao território em que passa a vigorar e tem aplicação. A regra de direito deve, por conseguinte, ser formalmente válida e socialmente eficaz.

Refere-se, então, eficácia como aptidão de um ato para produzir todos os seus efeitos legais, ou todos os efeitos desejados pelas partes. Este é o sentido mais comum da palavra no direito, mas saber em que eficácia se distingue de validade, constitui um dos grandes problemas da filosofia do direito.

Este problema, segundo Norberto Bobbio⁹⁸, tem por objeto revelar se a norma é ou não cumprida pelos seus destinatários e, caso não seja cumprida, quais os meios utilizados para que ela o seja. Essa investigação assume caráter histórico-social e pode ser identificada como um problema fenomenológico do direito.

⁹⁶ SILVA, op. cit., p. 138.

⁹⁷ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 3.

⁹⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoría generale del derecho**. Tradução José Guerrero R. 3 ed. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1999. p. 20.

Segundo Bobbio, os problemas referidos são independentes entre si, que o leva a formular seis proposições diferentes: norma justa e inválida; norma válida e injusta; norma válida e ineficaz; norma eficaz e inválida; norma justa e ineficaz e norma eficaz e injusta.

Com relação às normas justas e inválidas, entende que as normas de direito natural são justas (direito à vida, à liberdade), mas podem não ser válidas, uma vez que a validade de uma norma exige o seu acolhimento pelo direito positivo.

Para as normas válidas e injustas, Bobbio⁹⁹ cita que nos sistemas jurídicos primitivos a escravidão era regulada normativamente, mas ninguém, em sua consciência, pode dizer que tais normas eram justas.

Outra posição formulada por Bobbio, refere-se às normas válidas e ineficazes. Há normas que estão positivadas expressamente, mas não são cumpridas. No Brasil, por exemplo, há normas constitucionais que são deliberadamente descumpridas, como é o caso do valor do salário mínimo.

Relativamente às normas eficazes e inválidas, constata que existem normas de boa educação que são cumpridas espontaneamente, mas não chegam a pertencer a um sistema jurídico, como, por exemplo, uma placa num jardim particular dizendo "não pise na grama". E o costume? Bem, o costume só é incluído num sistema de direito positivo quando é reconhecido pelos órgãos competentes, mas aí passa a ser norma válida.

Norma justa e ineficaz ocorre em virtude de que, geralmente, uma norma para ser eficaz deve ser também justa, como, por exemplo, a norma que estabelece a licença-gestante de 120 dias à empregada é justa (do ponto de vista sociológico, humanitário, etc.). Na prática, acaba sendo de pouca ou nenhuma eficácia, na medida em que os empregadores preferem contratar homens, o que gera a diminuição de ofertas de emprego (ou redução da remuneração) à mulher no mercado de trabalho.

Norma eficaz e injusta está no fato de que se uma norma é respeitada, não significa, por si só, que ela seja justa ou injusta. O exemplo do regime da escravidão bem demonstra que no passado a norma que consagrava tal regime era eficaz, independentemente de sua validade, mas ninguém ousa dizer que aquele regime era justo.

Eficácia constitui-se, também, na aplicação das normas jurídicas – vida do direito em seus aspectos sociológico e histórico – sociologia jurídica. Há um sentido especial à sociologia do direito, que é o de efeito real, prático, da norma jurídica na sociedade.

⁹⁹ BOBBIO, op. cit., p. 22.

Norberto Bobbio¹⁰⁰ referindo-se aos três modos de considerar o direito, ou seja: do seu valor ideal – justiça; do seu valor formal – validade; do seu cumprimento prático – eficácia; adverte que as distinções efetuadas não devem ser concebidas isoladamente, como se fossem compartimentos estanques. Isso significa dizer que, para compreender a experiência jurídica em seus diversos aspectos é preciso considerar o ideal de justiça a atingir; as instituições normativas a realizar e as ações e reações dos homens frente a esses ideais e a essas instituições. Esses três elementos compreendem um único problema central: a melhor organização da vida do homem em sociedade.

Na doutrina não vigora, porém, um consenso relacionado à vigência, validade, e eficácia da norma. Enquanto para os positivistas vigência e eficácia não se confundem, para os realistas inexistente diferença entre validade e eficácia.

Alf Ross¹⁰¹, alicerçado na sua base realista, entende que um sistema de normas tem vigência se for capaz de servir como um esquema interpretativo de um conjunto correspondente de ações sociais, tornando-se, desta forma, compreensível para a sociedade esse conjunto de ações como um todo coerente de significado e motivação. Assim, a capacidade do sistema baseia-se no fato das normas serem acatadas porque são sentidas como socialmente obrigatórias.

Já Karl Larenz, inicialmente, não aponta distinção entre vigência e eficácia, quando afirma:

Se um jurista pergunta se uma lei é válida, não se tem em vista se a lei é sempre observada ou o é na maioria dos casos, mas se a pretensão de validade enquanto norma lhe é conatural se encontra justificada, de acordo com os preceitos constitucionais relativos à produção legislativa das normas.¹⁰²

Paulo de Barros Carvalho conceitua à luz do positivismo analítico, os institutos da validade, da vigência e da eficácia:

Firmemos estes conceitos: 'validade' é a relação de pertinencialidade de uma norma 'n' com o sistema jurídico 's'. 'Vigência' é atributo de norma válida (norma jurídica), consistente na prontidão de produzir os efeitos para os quais está preordenada, tão logo aconteçam os fatos nela descritos, podendo ser plena ou parcial (só para fatos passados ou só para fatos futuros, no caso de regra nova). 'Eficácia técnica' é a qualidade que a norma ostenta, no sentido de descrever fatos que, uma vez ocorridos, tenham aptidão de irradiar efeitos jurídicos, já removidos os obstáculos materiais ou as impossibilidades sintáticas (na terminologia de Tércio). 'Eficácia jurídica' é o predicado dos fatos jurídicos de desencadear as

¹⁰⁰ Idem, p. 47

¹⁰¹ ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução Leandro Mascaro, Bauru: EDIPRO, 2000. p. 72.

¹⁰² LARENS, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução José Lamego. 3 ed. Coimbra: Fundação Caloute Gulbenkian, 1997. p. 43.

conseqüências que o ordenamento prevê. E, por fim, a 'eficácia social', como a produção concreta de resultados na ordem dos fatos sociais. Os quatro primeiros são conceitos jurídicos que muito interessam à Dogmática, ao passo que o último é do campo da Sociologia, mais precisamente da Sociologia Jurídica.¹⁰³

Verifica-se que o jurista utilizou, nos conceitos de vigência e eficácia jurídica, os vocábulos "efeitos" e "conseqüências" e os verbos "produzir" e "desencadear". Tal análise da causalidade conduz a três etapas: a conduta; o nexa causal e o resultado, que é a conseqüência ou o efeito.

Seguindo a conceituação antes transcrita, verificamos que a definição de vigência e eficácia jurídica expostos por Paulo de Barros Carvalho são muito semelhantes, diferem apenas quando é traçada a diferença entre os efeitos ou conseqüências produzidas pelo "preceito secundário" da norma jurídica (de forma contextual) e pelo ordenamento jurídico (de forma exógena).

Diante disso, não é forçoso asseverar que a semelhança conceitual tem justificativa em dois aspectos: o juiz está adstrito à norma jurídica estabelecida, pois está posta como uma prescrição e, o segundo aspecto justificador da afinidade conceitual é que o juiz, e somente este, é o órgão certificador da eficácia da norma jurídica.

Tendo em vista que o julgador está vinculado à aplicação das normas válidas e vigentes, vigência e eficácia se confundem, pois jamais poderá afastar a aplicabilidade da norma jurídica. Diante disso, a reiterada violação de uma regra jurídica não caracteriza sua ineficácia, pois tanto a sociedade quanto o titular do direito *sub judice*, não podem atestar a eficácia da mesma. A violação, sob o ponto do ordenamento jurídico, tem por conseqüência a incidência das sanções previstas na própria norma ou pelo próprio ordenamento jurídico, sendo que a criação da lei tem como intento permitir, obrigar ou atribuir competência, estabelecendo-se um *dever ser* ancorado nos valores positivados pelos legitimados.

No que concerne às relações entre validade e eficácia, há igualmente três posições: idealista, realista e normativista.

A posição idealista é defendida pelos adeptos do Direito Natural. Para os jusnaturalistas, por conseguinte, não há nenhuma relação entre ambas, uma vez que a validade do direito é independente da sua eficácia.

Para os realistas, validade e eficácia se equivalem, porque dizer que uma norma vale é o mesmo que dizer que ela é acatada e aplicada.

¹⁰³ CARVALHO, op. cit., p. 96.

Segundo o entendimento dos normativistas, doutrina capitaneada por Hans Kelsen¹⁰⁴, a validade é a forma específica de *existência do direito como dever ser*, haja ou não eficácia (ser) da norma. É dizer, para o autor da *teoria pura*, basta que um ordenamento jurídico seja aceito na sua totalidade para neutralizar o fato de uma ou outra norma não ser aceita sempre, e o ordenamento só perde a validade quando deixa de ser eficaz em termos gerais. O que fundamenta a validade de uma norma isolada é uma norma jurídica fundamental que funciona como pressuposto hipotético, como razão lógica que obriga todos a se comportarem de acordo com o ordenamento jurídico ou constituição criada em termos gerais, e com as normas decorrentes dessa constituição em sentido jurídico-positivo, que é o direito positivo que pressupõe esta norma fundamental, e esta não se funda em outra regra porque ela é a norma primária, decorrendo de fatos sócio-políticos e considerações de valor.

Na obra *Teoria pura do Direito*, Hans Kelsen¹⁰⁵ releva dois fatores importantes pertinentes à vigência da norma jurídica. O primeiro requisito para a vigência de uma norma jurídica, portanto, seria a validade. A validade da norma, neste aspecto, é justificada pela elaboração e a entrada da mesma no ordenamento jurídico. Isso significa que, em princípio, a norma subtrai sua validade de uma outra hierarquicamente superior. Atendido esse requisito, a norma entra no ordenamento e passa a regular os comportamentos para os quais ela foi elaborada. Somente isso não é suficiente. A eficácia do comando legal também é pré-requisito para o mesmo se tornar válido em sua plenitude. Essa qualidade se refere à aceitação e enquadramento das pessoas para quem a norma se destina. Segundo Hans Kelsen, *uma norma jurídica deixará de ser válida quando duradouramente ineficaz*. Com relação ao mínimo de eficácia, seria, em princípio, a aplicabilidade da norma pelos tribunais. Assim, a norma que é colocada à margem pela sociedade e não aplicada pelos tribunais é terminantemente inválida.

Alf Ross, dentro de sua posição realista, observa, por outro lado, que toda a doutrina do Direito Natural sempre teve uma grande preocupação com o problema da validade do direito, porque queria ter um critério para distinguir um ordenamento legítimo de um outro baseado simplesmente na força. Expõe seu entendimento da seguinte forma:

A efetividade que condiciona a vigência das normas só pode, portanto, ser buscada na aplicação judicial do direito, não o podendo no direito em ação entre os indivíduos particulares. Se, por exemplo, proíbe-se o aborto criminoso, o verdadeiro teor do direito consistirá numa diretiva ao juiz segundo a qual ele deverá, sob certas condições, impor uma pena ao aborto criminoso. O fator decisivo que determina que a proibição é direito vigente é tão somente o fato de ser efetivamente aplicada pelos

¹⁰⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p 197.

¹⁰⁵ KELSEN, op. cit., p. 104

tribunais nos casos em que transgressões à *lei* são descobertas e julgadas. Não faz diferença se as pessoas acatam a proibição ou com freqüência a ignoram. Esta indiferença se traduz no aparente paradoxo segundo o qual quanto mais uma regra jurídica é acatada na vida jurídica extrajudicial, mais difícil é verificar se essa regra detém vigência, já que os tribunais têm uma oportunidade muito menor de expressar a sua reação.¹⁰⁶

E, ao concluir seu entendimento, afirma:

Um sistema de norma é vigente se for capaz de servir como um esquema interpretativo de um conjunto correspondente de ações sociais, de maneira que se torne compreensível para a sociedade esse conjunto de ações como um todo coerente de significado e motivação. Tal capacidade do sistema, baseia-se no fato das normas jurídicas serem acatadas porque são sentidas como socialmente obrigatórias e juridicamente exequíveis.¹⁰⁷

Nessa senda, o Tribunal Penal Internacional deve ser, por conseguinte, a um só tempo, positivista e realista. Positivista por observar estritamente os ditames prescritos em lei, sem aviltar os mais ínfimos direitos do cidadão submetido à sua jurisdição, mormente a amplitude de defesa, o contraditório, o devido processo legal e o duplo grau de jurisdição, dentre outros. Enfim, a confiabilidade na jurisdição do Tribunal é um pressuposto para sua efetividade, visto que o caráter permanente fez sucumbir à alegação de ineficácia em face da transitoriedade da sua jurisdição.

Verificamos as regras jurídicas em estágios: existência, validade, vigência, incidência e eficácia. Aplicando-se esses conceitos ao TPI, verificamos o plano da existência a partir da data da aprovação do Estatuto de Roma, ou seja, 17 de julho de 1998, votando a favor 120 Estados, tendo apenas 7 votos contrários. Nos tratados internacionais, por conseguinte, ao nosso sentir, a existência é atestada pela subscrição dos mesmos.

Considerando-se que se trata de um regramento jurídico fruto da soberania dos Estados esboçada na Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas, cujos representantes estatais – os Plenipotenciários – agiram consoante a competência que lhes foi imputada pelos Estados Partes, temos cumprido o fenômeno da validade.

A vigência do Estatuto de Roma ocorreu em 1º de julho de 2002, visto que em 11 de abril de 2002, o Estatuto já contava com as 60 ratificações necessárias, consoante estipulava seu art. 126, que o TPI entraria em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um período de 60 dias após a data do depósito do sexagésimo instrumento de ratificação. Os Estados, por conseguinte, deveriam demonstrar intenção de se submeterem às regras estipuladas no Estatuto de Roma. E mais, faz-se mister o acoplamento das disposições do

¹⁰⁶ ROSS, op. cit., p. 134.

¹⁰⁷ Idem, p. 135.

Estatuto de Roma nos ordenamentos jurídicos dos Estados subscritores. Tal fenômeno dá-se por intermédio da ratificação do Estatuto, que é o acolhimento da jurisdição do TPI no âmbito do Direito interno dos Estados.

No plano da incidência, devemos observar os crimes de competência do Tribunal, os quais estão descritos nos arts. 5º, 6º, 7º e 8º. De outra parte, o Estatuto do TPI consagra o princípio da irretroatividade no art. 24 I, ao determinar que *nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, de acordo com o presente estatuto, por uma conduta anterior à entrada em vigor deste Estatuto*. Diante dessas premissas legais, conseqüentemente, o Estatuto só incide nos fatos delituosos tipificados no seu bojo desde que praticados após a sua entrada em vigor, ou seja, após 1º de julho de 2002. Merecem destaques, ainda, com relação à incidência do Estatuto de Roma, a questão da complementaridade, da imprescritibilidade dos crimes de competência do Tribunal e o princípio do *non bis in idem*. Só haverá incidência das normas fixadas no Estatuto nos caso em que o Estado detentor da titularidade da *persecutio criminis* mostrar-se incapaz ou desidioso para realizá-la, ou o processo tenha sido conduzido de forma a *subtrair o acusado à sua responsabilidade por crimes de competência da Corte*, conforme consagra o art.20, 1. De outro aspecto, observando-se os ditames do art. 29 do Estatuto, temos que a incidência de suas disposições para os autores dos fatos tipificados é imprescritível perante o TPI. Pelo princípio do *non bis in idem* estatuído no art. 20, 1, 2 e parte inicial do item 3, ninguém será julgado duas vezes pelo mesmo fato delituoso de competência do Tribunal, valendo tal princípio para obstaculizar a incidência do Estatuto tanto para fatos que já tenham sido apreciados pela própria Corte quanto por outra jurisdição.

Relativamente à questão da eficácia, verificamos que não há uniformidade doutrinária para a conceituação dos institutos, especialmente, da validade, vigência e eficácia das normas jurídicas.

Faz-se necessário, pois, que se estabeleça a diferença conceitual entre eficácia jurídica e eficácia social (efetividade) na aplicabilidade das normas para que se torne possível uma melhor compreensão sobre a idéia central do nosso estudo. Constata-se, por conseguinte, que a eficácia pode ser desdobrada em eficácia jurídica e eficácia social, esta tida como a capacidade ou a virtude da norma jurídica de ser tida como socialmente obrigatória e, portanto, ter a confiabilidade indispensável para a geração da respeitabilidade e do acatamento da mesma. Assim sendo, a eficácia a ser perseguida pelo Estatuto de Roma – que em análise derradeira, é a eficácia do próprio TPI – não pode ser apenas a eficácia jurídica, mas conjuntamente, também a eficácia social.

Primeiramente, ao efetuar a distinção entre eficácia jurídica e eficácia social da norma, Miguel Reale¹⁰⁸ utiliza os termos validade formal ou técnico-jurídica no sentido de vigência; validade social no sentido de eficácia ou efetividade, e validade ética no sentido de fundamento da norma jurídica. Assim, eficácia social é o cumprimento efetivo do Direito por parte de uma sociedade, é o "reconhecimento" do Direito pela comunidade ou, mais especificamente, aos efeitos que uma regra opera através do seu cumprimento. Em tal acepção, eficácia social é a concretização do comando normativo, sua força realizadora no mundo dos fatos. Deliberadamente, ao estudar a capacidade de produzir efeitos, deixou-se de lado a cogitação de saber se estes efetivamente se produzem. A efetividade propugna não a eficácia jurídica como possibilidade da aplicação da norma, mas a eficácia social e os mecanismos para a sua real aplicação.

Paulo de Barros Carvalho¹⁰⁹ prefere as expressões vigência, eficácia técnica, eficácia jurídica e eficácia social, pois, *tudo vai depender, reafirme-se, do corte promovido para isolamento do objeto, importando apenas conferir coerência das conclusões, em face das premissas estabelecidas.*

A efetividade propugna não a eficácia jurídica como possibilidade da aplicação da norma, mas a eficácia social e os mecanismos para a sua real aplicação. Luís Roberto Barroso preceitua:

A noção de efetividade, ou seja, desta específica eficácia, corresponde ao que Kelsen - distinguindo-a do conceito de vigência da norma - retratou como sendo o fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos.¹¹⁰

A realização do Direito, ou seja, o desempenho concreto de sua função social significa, portanto, efetividade. Ela traduz a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social. A efetividade das normas depende, em primeiro lugar, da sua eficácia jurídica, da aptidão formal para incidir e reger as situações da vida, operando os efeitos que lhe são inerentes. Não se trata apenas da vigência da regra, mas também, e, sobretudo, *da capacidade de o relato de uma norma dar-lhe condições de atuação*¹¹¹, isoladamente ou

¹⁰⁸ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 135.

¹⁰⁹ CARVALHO, op. cit., p. 129.

¹¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades a constituição brasileira. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p.85.

¹¹¹ FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. Teoria da norma jurídica: um modelo pragmático. *In: A norma jurídica* (coletânea), 1980. p. 76.

conjugada com outras normas. Se o efeito jurídico pretendido pela norma for irrealizável, não há efetividade possível.

Ingo Wolfgang Sarlet¹¹² constata um consenso em certo aspecto, uma vez que não parecem existir dúvidas a respeito da distinção entre a vigência (existência e/ou validade) e a eficácia, seja qual for o sentido que se vá atribuir a esta última. Nesse prisma, é necessário estabelecer a distinção entre o conceito de eficácia jurídica e eficácia social da norma. Enquanto a eficácia jurídica representa a qualidade da norma produzir, em maior ou menor grau, determinados efeitos jurídicos ou a aptidão para produzir efeitos, dizendo respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou exequibilidade da norma, a eficácia social da norma se confunde com a idéia de efetividade e designa a concreta aplicação dos efeitos da norma juridicamente eficaz. A eficácia social ou a efetividade está intimamente ligada à função social da norma e à realização do Direito.

José Afonso da Silva¹¹³ apregoa: *A lei é tanto mais eficaz quanto mais se projeta no meio social, em que deve atuar; quanto mais seus termos abstratos se enriquecem de conteúdo social, do Direito Cultural, mais eficaz ela é. Sem um mínimo de eficácia, a lei não passará de mera construção teórica.*

Norberto Bobbio¹¹⁴ assevera: *O problema da validade e da eficácia, que gera dificuldades insuperáveis desde que se considere uma norma do sistema (a qual pode ser válida sem ser eficaz), diminui se nos referirmos ao ordenamento jurídico, no qual a eficácia é o próprio fundamento da validade.*

Essas distinções são relevantes, inclusive para perfeito entendimento da diferença entre eficácia jurídica e eficácia social ou efetividade¹¹⁵. Se, no mundo dos fatos, a norma não produz os efeitos que dela se esperava – ou se espera – ter-se-á que a norma é politicamente defeituosa, não que seja juridicamente "ineficaz". Possui eficácia jurídica, mas é defeituosa quanto à sua eficácia social.

De outra parte, consoante acentua Ingo Wolfgang Sarlet¹¹⁶, não se pode dissociar a noção de eficácia jurídica da aplicabilidade das normas jurídicas, pois a eficácia jurídica representa justamente a possibilidade de aplicação da norma aos casos concretos, com a conseqüente geração dos efeitos jurídicos que lhe são inerentes.

¹¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 245.

¹¹³ SILVA, José Afonso da. **Princípios do processo de formação das leis no direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964. p. 236.

¹¹⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10 ed. Brasília: UNB, 1997. p. 29.

¹¹⁵ BARROSO, op. cit., p. 82-83.

¹¹⁶ SARLET, op. cit., p. 246.

Na verdade, eficácia e aplicabilidade são fenômenos conexos, como bem definiu José Afonso da Silva¹¹⁷, já que a eficácia jurídica seria uma potencialidade e a aplicabilidade representaria a praticidade, a aptidão de uma norma jurídica eficaz ser aplicada às situações as quais se destina.

Diante do exposto, verifica-se que as noções de aplicabilidade e eficácia jurídica podem ser consideradas em dois aspectos, na medida em que uma norma somente será eficaz juridicamente por ser aplicável e na medida de sua aplicabilidade.

Eros Roberto Grau¹¹⁸ parte da idéia de que a decisão pela aplicação do Direito no caso concreto constitui, na verdade, uma decisão pela sua execução, isto é, pela sua efetivação. O autor difere dos posicionamentos doutrinários tradicionais ao defender a idéia de que a eficácia social – ou efetividade – não se situa no plano da aplicação da norma, mas que se manifesta após o momento da aplicação, já que nada garante que as decisões tomadas pelo Judiciário sejam efetivamente cumpridas pelos seus destinatários, tampouco garantindo que sejam realizados os fins buscados por elas.

Transportando tais idéias para o tema em análise, ou seja, o desafio da eficácia do Tribunal Penal Internacional, em face dos múltiplos aspectos que circundam uma Corte de caráter permanente, mormente por sua territorialidade internacional, entendemos que a eficácia jurídica deve estar aliada à eficácia social, uma não obscurecendo a outra. Como já referido, a eficácia jurídica não pode ser atestada pelas partes, porém, a eficácia social é certificada pela própria sociedade. Quanto maior a eficácia jurídica, maior deverá ser a eficácia social, do contrário, a sociedade não acolherá a norma, fazendo sucumbir o desiderato maior que é o seu perene cumprimento. Quanto mais efetiva for a aplicação das sanções legais, maior será a eficácia social, pois tal aspecto significa que a respeitabilidade da norma e a sua efetividade social estão presentes. Diante de tal premissa, poder-se-ia interpretar quanto menor a aplicação das regras de Direito Penal pelo Tribunal Penal Internacional, menor seria a sua eficácia. Embora possa parecer crível enveredarmos por esse pensamento, tal idéia desfaz-se perante o fim preventivo que deve ter a norma penal. Assim sendo, a respeitabilidade do TPI gerará o sentimento de prevenção pela repressão, isto é, ao aplicar a norma jurídica aos infratores presentes, desestimulará a prática de crimes da sua competência no futuro.

¹¹⁷ SILVA, op. cit., p. 293.

¹¹⁸ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. (Interpretação e crítica) 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 314 e 317.

A partir da análise feita, observamos que todas as normas jurídicas têm eficácia jurídica, a qual é sempre variável, pois também são, em alguma medida, diretamente aplicáveis. Em face do propósito do presente trabalho, a eficácia jurídica deve, então, ser definida como a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de gerar efeitos jurídicos na proporção de sua aplicabilidade, enquanto a eficácia social (ou efetividade) pode ser concebida como a soma da decisão pela efetiva aplicação da norma e do resultado concreto dela decorrente, capaz de gerar a consciência da necessidade da sua existência junto à sociedade e, conseqüentemente, a indispensável respeitabilidade social.

Eficaz, pois, diz-se do direito capaz de se fazer ser observado e de atingir suas finalidades¹¹⁹. A eficácia do direito depende do fato de sua observância no meio que está vigente. É um fato, o qual consiste na observância efetiva da norma por parte de seus destinatários e, no caso de descumprimento, na sua aplicação compulsória pelos órgãos com competência para tal fim. Significa dizer, é realmente o direito que é aplicado e obedecido. Não depende de ser observado para ter eficácia, pois sempre haverá transgressões, por vezes não punidas, em virtude da impossibilidade de se identificar a autoria da violação. Mas, sobretudo, possui eficácia por autorizar a aplicação compulsória pelo poder público nos casos de descumprimento. Paulo Dourado de Gusmão aborda bem este aspecto quando leciona:

O simples fato de a norma jurídica ser inobservada não lhe retira a eficácia, salvo se cair em desuso, ou seja, se não for aplicada, habitual, uniforme e constantemente pelo poder público. Assim, o direito pode ter vigência e não ter eficácia, pois pode vigor e não ser observado, mas não pode ter eficácia sem vigência. A norma hoje pode ser eficaz e amanhã tornar-se ineficaz.¹²⁰

Carlos Maximiliano é clarificativo quando adverte:

Não pode o Direito isolar-se do ambiente em que vigora, deixar de atender às outras manifestações da vida social e econômica; e esta não há de corresponder imutavelmente às regras formuladas pelos legisladores. Se as normas positivas se não alteram à proporção que envolve a coletividade, conscientemente ou inconscientemente a magistratura adapta o texto preciso às condições emergentes, imprevistas.¹²¹

A simples letra da lei pode não representar a aspiração social. Principalmente, se considerarmos outro aspecto relevante, qual seja, o embate cada vez mais evidente entre

¹¹⁹ GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 9 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 83.

¹²⁰ Idem, p.84.

¹²¹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9 ed. 3 tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 157.

dominantes e dominados, decorrência da sociedade globalizada. Vale socorreremo-nos, novamente, das lições proferidas no passado do eminente Carlos Maximiliano, que apregoava:

Desapareceu nas trevas do passado o método lógico, rígido, imobilizador do Direito: tratava todas as questões como se fossem problemas de Geometria. O julgador hodierno preocupa-se com o bem e o mal resultantes do seu *veredictum*. Se é certo que o juiz deve buscar o verdadeiro sentido e alcance do texto; todavia este alcance e aquele sentido não podem estar em desacordo com o fim colimado pela legislação – o bem social.¹²²

O termo eficácia, por conseguinte, ao propósito do nosso estudo, significa o respeito a uma regra de conduta, tida como delimitadora de comportamentos e ações e garantidora de direitos, independentemente a quem a regra será aplicada, decorrente da confiança no ordenamento jurídico, alicerçada na idéia de que o direito nasceu da consciência social da busca pela justiça, num patamar em que todos os cidadãos são tratados de forma igualitária, não obstante as diversidades culturais. Nancy Fraser¹²³ sentencia: *acabar con la injusticia implica en desmantelamiento de los obstáculos institucionalizados que impidan que algunos participen en pie de igualdad con el resto, como miembros plenos, en la interacción social.*

O estreitamento das relações internacionais entre os Estados e a ascensão do cidadão ao patamar de titular de direitos e obrigações em âmbito internacional, deu origem a uma nova ordem internacional, principalmente, após a queda de blocos fechados, casos do bloco soviético e a sucumbência dos demais países socialistas. Assim, intensificaram-se os conflitos existentes entre o Direito interno e o Direito Internacional.

A dicotomia estabelecida pela independência entre o Direito Internacional e o Direito interno tem levado a problemas doutrinários e práticos sem que se consiga chegar, todavia, a um consenso acerca da predominância de um Direito sobre o outro, pois, havendo um conflito entre uma fonte originária do Direito Internacional e uma de Direito interno, uma delas deverá prevalecer sobre a outra.

Hans Kelsen¹²⁴ indaga: (...) *mi análisis del Derecho internacional ha demostrado que las normas llamadas así pueden ser consideradas como Derecho en el mismo sentido que las normas del Derecho nacional. Pero como se distiguen estas dos clases de normas jurídicas?*

¹²² MAXIMILIANO, op.cit., p. 158.

¹²³ FRASER, Nancy. Redefinindo el concepto de justicia em um mundo globalizado. In: **Dereho y justicia en una sociedad global**. Granada, España: IVR, 2005. Mayo 2005. New School for Social Research (Estados Unidos). p. 70.

¹²⁴ KELSEN, Hans. **Derecho y paz en las relaciones internacionales**. Tradução Florencio Acosta. Prólogo de Luis Recasens Siches. Panuco: Fundo de Cultura Econômica, 1942. p. 25.

O que se pode afirmar sobre a indagação de Hans Kelsen é que o Direito Internacional é distinto do Direito interno, tal distinção apresentando-se de duas formas: as normas de Direito Internacional regem as relações entre os Estados; e, as normas de Direito interno regem as relações entre os indivíduos de um determinado Estado, regulam as relações de convivência civil estabelecidas para o contrato social.

O Estatuto de Roma trouxe consigo, ao nosso sentir, no âmbito do debate acerca da eficácia jurídica e social do Tribunal, o questionamento se os duelos entre o Direito interno e o Direito Internacional não conspiram contra a própria eficácia do TPI. Na perseguição da conjunção da eficácia jurídica com a social, no item vindouro, estudaremos a eficácia de Direito interno, abordando as teorias dualista e monista, bem como os aspectos do acolhimento do Estatuto de Roma no ordenamento jurídico brasileiro para, posteriormente, analisarmos a eficácia sob o prisma do Direito Internacional.

2.2 EFICÁCIA DE DIREITO INTERNO

A distinção entre o Direito interno e o Direito Internacional não é tão simples como aparenta ser. Não obstante Marotta Rangel¹²⁵ reconheça na literatura europeia uma preocupação com o tema há pelo menos quatrocentos anos: (...) *quatro séculos, desde quando aliás o aforismo International Law is part of the Law of the land, passou a informar a jurisprudência dos Tribunais de presas inglesas*, a questão da relação entre o Direito Internacional e o interno só começou a ser estudada de maneira sistematizada no final do século XIX. O estudo desta relação enveredou-se em torno de duas vertentes que apesar de desgastadas e criticadas como reducionistas, são ainda citadas e referidas nos escritos sobre o tema. Assim, o debate sobre tal indagação fez nascer correntes doutrinárias, quais sejam, as correntes monista e dualista que ao longo da história da hermenêutica das normas internacionais se desenvolveu e fez surgir ramificações.

Mirtô Fraga¹²⁶, por sua vez, reconhece: *As teorias monistas e dualistas fornecem as bases doutrinárias para a solução a ser adotada pelos Estados no conflito entre o tratado internacional e o direito interno.*

São duas vertentes, pois, de análise principais para se estudar a relação entre o Direito Internacional e o Direito interno: a dualista e a monista. Pode-se afirmar, *a prima*

¹²⁵ RANGEL, Vicente Marotta. Os conflitos entre o direito interno e os tratados internacionais. In: [s.ed.], **BSBDI**, 1967. n. 44-45. p. 29-64, p. 30.

¹²⁶ FRAGA, Mirtô. **O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. XIII.

facie, que o dualismo pressupõe que o Direito Internacional e o Direito interno são noções diferentes, pois estão respectivamente fundamentados em duas ordens: externa e interna. Já o monismo pressupõe que o Direito Internacional e o Direito interno são elementos de uma única ordem jurídica e, sendo assim, haveria uma norma hierarquicamente superior regendo este único ordenamento. Esta teoria, ainda, apresenta duas posições: uma, que defende a primazia do Direito interno, e, outra, a primazia do Direito Internacional.

Existe uma outra abordagem, junto às teorias monista e dualista, a qual tenta conciliar alguns postulados de ambas as teorias, consagrada pelo *pluralismo com subordinação parcial*. Essas teorias, que ficaram conhecidas como Teorias Conciliadoras, como bem ressalta Celso Mello: (...) *não teve aceitação na prática ou na doutrina e consagra uma distinção entre as normas internacionais que não tem qualquer razão de ser, nem é encontrada na prática internacional*. Além desta vertente crítica do monismo e do dualismo, surgiram outros posicionamentos críticos, que também merecem menção.

Inegável que o dualismo, o monismo e a perspectiva conciliadora, assim como os outros posicionamentos críticos, trazem à luz acadêmica uma discussão que parte, resumidamente, de três hipóteses diferentes e, portanto, reciprocamente contraditórias. Uma análise dessas hipóteses, não obstante resumidamente, auxilia na busca de um entendimento do conflito potencial entre fontes internacionais, especialmente, entre o tratado internacional e a ordem jurídica interna.

2.2.1 Teoria dualista

O primeiro estudo sistematizado acerca da existência de um conflito entre normas surgiu na Alemanha, tendo sido realizado por *Carl Heinrich Triepel*, em 1899, na obra *Volkerrecht und Landesrecht*, que também contou com a aprovação de *Oppenheim*.¹²⁷ Os ensinamentos de *Triepel* foram desenvolvidos, mais tarde, em 1905, na Itália, por *Dionisio Anzilotti*, em sua famosa obra intitulada *Il Diritto Internazionale nel Giudizio Interno*.¹²⁸ No Brasil, os principais representantes dessa teoria são Amílcar de Castro e Nádia de Araújo.

Os dualistas levam em consideração que o Direito Internacional é a relação entre Estados, enquanto que o Direito interno regula a conduta entre Estado e seus indivíduos.

¹²⁷ A respeito do tema ver: GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de direito internacional público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 293-310; MENÉNDEZ, Fernando M. Mariño. **Derecho internacional público** (parte general). Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 503-521; RIDRUEJO, José Antonio Pastor. **Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales**. 7 ed. Madrid: Editorial Trotta, 1999. p. 170-185.

¹²⁸ AMORIM ARAÚJO, Luis Ivani. **Curso de direito internacional público**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.46.

Assim, o Tratado terá eficácia apenas no âmbito externo, até que seja ‘incorporado’ internamente. Segundo o dualismo, o Direito interno e o Direito Internacional são duas ordens jurídicas diferentes e independentes entre si. Não se fala em conflito de normas, já que o direito internacional só terá validade para o ordenamento jurídico nacional a partir do momento em que aquele for incorporado neste. Por conseguinte, o Direito Internacional não ingressa automaticamente na órbita jurídica interna do Estado a partir da ratificação, mas somente mediante incorporação ou internalização. Da incorporação, surgiram duas subdivisões ao dualismo: o dualismo radical e o dualismo moderado. Incorporado o tratado, havendo conflito de normas, já não se fala mais em contrariedade de norma interna e externa, mas em conflito entre dois dispositivos nacionais.

Para a teoria dualista há uma inegável separação entre a ordem internacional – o Direito das Gentes – e a ordem interna. Pautando tal argumento em algumas premissas, os dualistas consideram que o Direito Internacional regulamenta as relações entre Estados, enquanto que o Direito interno regula a conduta entre Estado e seus indivíduos. Assim, o Tratado terá eficácia apenas no âmbito externo, até que seja ‘incorporado’ internamente. Segundo o dualismo, o Direito interno e o Direito Internacional são duas ordens jurídicas diferentes e independentes entre si. Não se fala em conflito de normas, já que o Direito Internacional só terá validade para o ordenamento jurídico nacional a partir do momento em que aquele for incorporado neste. O Direito Internacional, por conseguinte, não ingressa automaticamente na órbita jurídica interna do Estado a partir da ratificação, mas somente mediante incorporação ou internalização.

Assim sendo, os dois ordenamentos jurídicos, o estatal e o internacional, podem se achar em contato sem que haja a primazia de um sobre o outro, tendo em vista que as esferas que ambos atuam é distinta. O Direito interno nasce da vontade única do Estado, podendo, portanto, ser modificado ou revogado e não institui nenhuma obrigação entre Estados. O Direito das Gentes emana da vontade coletiva dos Estados manifestada através dos tratados normativos e somente mediante essa vontade coletiva, por conseguinte, pode ser modificado ou revogado. Os destinatários das duas normas são, entretanto, diversos, visto que os sujeitos do Direito interno são os indivíduos e os do Direito Internacional são os Estados.

Decorrência natural dessa teoria é o fato de que os preceitos de Direito Internacional não revogam as disposições que lhe são contrárias no Direito interno. O Estado que pactuou se obriga a incorporá-los em sua legislação interna, sendo responsável internacionalmente pelo não cumprimento dessa obrigação.

Segundo os dualistas, ainda, as normas de Direito Internacional não têm força cogente no âmbito da jurisdição estatal senão através da recepção, que ocorre através de um ato do Poder Legislativo do Estado receptor, convertendo em normas de Direito interno. Incorporado o Tratado, havendo conflito de normas, já não se fala mais em contrariedade de norma interna e Tratado, mas em conflito entre dois dispositivos nacionais.

Luis Ivani de Amorim Araújo¹²⁹ discorda dos dualistas, entendendo que há uma preponderância do Direito das Gentes sobre o Direito interno, como atestam a maiorias das Constituições em vigor, mas, principalmente, pelo fato de que o indivíduo é, na atualidade, sujeito de direitos e obrigações no campo internacional.

A aplicação do dualismo é doutrina que mantém a separação absoluta entre o Direito Internacional e o Direito interno, aparece como um anacronismo jurídico. Insustentável essa posição, segundo a qual o Direito Internacional é a lei entre os Estados soberanos e o Direito interno se aplica dentro de um determinado território e regulamenta as relações entre seus cidadãos e com o Estado. O dualismo não se compadece com o aumento das relações jurídicas coincidente com a atual situação universal, e é por isso que foi abandonado tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência internacional.

2.2.2 Teoria monista

O monismo surge como contraponto do dualismo defendido por *Triepel*. Simplificadamente, a teoria monista não aceita a existência de duas ordens jurídicas autônomas, independentes e não-derivadas. O monismo sustenta a tese da existência de uma única ordem jurídica. Esta concepção apresenta duas variáveis de compreensão: a que defende a primazia do Direito interno e, a outra, a primazia do Direito Internacional.

Foi no período pós-II Guerra Mundial que o monismo encontrou sua majoritária aceitação pelos teóricos de todo o mundo. O texto clássico e mundialmente conhecido de Hans Kelsen, *Les Rapports de Système entre le Droit Interne et le Droit International Public*, foi a mais importante contribuição doutrinária para a consolidação da teoria monista, principalmente no período pós-1945. De fato, a tendência à *globalização* das relações internacionais e o próprio *élan* do Direito Internacional patrocinado pelas Nações Unidas, assim como alguns desdobramentos do cenário internacional foram fatores que contribuíram decisivamente para o fortalecimento da ordem jurídica internacional, que culminou com a criação de uma Corte Internacional Criminal de caráter permanente. No sentido mais

¹²⁹ AMORIM ARAÚJO, op. cit., p. 46.

hegeliano, a Ordem do pós-II Guerra parece se direcionar a uma democratização das relações internacionais tendo o Direito Internacional como organizador dessas relações. É nesse contexto que surgem as teses, como por exemplo aquelas acerca da *corrosão da soberania nacional*, da possibilidade do surgimento de organizações supranacionais e outras.

Para a teoria monista, há uma única ordem jurídica, formada pelo Direito Internacional e Direito interno. Leciona Accioly¹³⁰ que, [...] *em principio, o direito é um só, quer se apresente nas relações de um Estado, quer nas relações internacionais*. Esta unidade, o monismo, pode ocorrer tanto se dando primazia do Direito Internacional – Flavia Piovesan, Caçado Trindade, Celso Mello e Hildebrando Accioly – quanto com primazia do Direito interno – teoria adotada em regimes totalitários.

À luz do monismo, a questão resume-se a uma unidade de ordenamentos jurídicos, as ordens internacional e interna seriam *uma*. Os defensores dessa teoria argumentam que, o Estado, ao obrigar-se na ordem internacional estaria utilizando-se de sua soberania, esta reconhecida pela ordem internacional. E mais, tal obrigação assumida pelo Estado estender-se-ia aos indivíduos subordinados a este Estado, passando os mesmos a sujeitos de direitos e obrigações internacionais.

Albuquerque Mello ensina que o monismo sustenta de um modo geral, a existência de uma única ordem jurídica. Esta concepção tem duas posições, quais sejam, a primazia do Direito interno, e outra, a primazia do Direito Internacional. Diz o mestre:

a) O monismo com primazia do direito interno tem as suas raízes no hegelianismo, que considera o Estado como tendo uma soberania absoluta, não estando, em conseqüência, sujeito a nenhum sistema jurídico que não tenha emanado de sua própria vontade. Assim sendo, o próprio fundamento do DI é a autolimitação do Estado, na formulação definitiva desta teoria feita por Jellinek. O DI tira a sua obrigatoriedade do Direito Interno. O DI é reduzido a um simples ‘Direito Estatal Externo’. Não existem duas ordens jurídicas autônomas que mantenham relações entre si. O DI é um Direito Interno que os Estados aplicam na sua vida internacional. Esta concepção foi seguida por Wenzel, os Irmãos Zorn, Decencière-Ferrandièrre, Verdross (inicialmente). Os autores soviéticos (Korovin) sustentaram que o Direito Internacional só é válido para o Estado, como parte do seu Direito Nacional, filiando-se a esta concepção da soberania absoluta do Estado. Seguiram a esta tese ainda, os juristas nazistas e mais recentemente ela foi adotada por Georges Burdeau, que considera o DIP ‘Um Direito Nacional Para Uso Externo’.

b) O Monismo com primazia do Direito Internacional. Foi desenvolvido, principalmente, pela Escola de Viena (Kelsen, Verdross, Kunz, etc). Kelsen, ao formular *a teoria pura do direito*, enunciou a célebre pirâmide de normas. Uma norma tem a sua origem e tira a sua obrigatoriedade da que lhe é imediatamente superior. No vértice da pirâmide estava a norma fundamental, a norma base (‘Grundnorm’), que era uma hipótese, e cada jurista podia escolher qual seria ela. Diante disso, a concepção kelseniana foi denominada na sua primeira fase de teoria da livre escolha; posteriormente, por influência de Verdross, Kelsen sai do seu

¹³⁰ ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 62.

‘indiferentismo’ e passa a considerar a ‘Grundnorm’ como sendo uma norma de di: a norma costumeira ‘pacta sunt servanda’. Em 1927, Duguit e Politis defendem o primado do DI e com eles toda a escola realista francesa, que apresenta em seu favor argumentos sociológicos. A concepção ora estudada parte da não existência de diferenças fundamentais entre as duas ordens jurídicas. A própria noção de soberania deve ser entendida com certa relatividade e dependente da ordem internacional.¹³¹

Interpretando-se a doutrina monista, podemos dizer, em síntese, para esta existe tão só uma ordem jurídica envolvendo a interna e a internacional. O que significa que, para alguns, a prevalência é do Direito interno – o que se convencionou chamar de monismo com primazia do Direito interno – caracterizando a absoluta soberania do Estado.

Para outros estudiosos, deve ocorrer a prevalência do Direito Internacional – denominando-se de monismo com primazia do Direito Internacional – pois a ratificação de um tratado produz a sua vigência nas esferas internacional e interna, ocasionando uma produção de direitos e obrigações, tanto para o Estado quanto para os indivíduos. Por sua vez, dentre os que navegam em favor da prioridade do Direito Internacional se dividem entre duas correntes. Há os que não admitem que uma norma de Direito interno vá de encontro a um preceito internacional, sob pena de nulidade – Hans Kelsen. É o que se denomina de monismo radical. Os monistas moderados negam a falta de validade, não obstante afirmem que tal lei constitui uma infração que o Estado lesado pode impugnar exigindo a derrogação ou a inaplicabilidade, responsabilizando o infrator a indenizar os prejuízos sofridos.¹³²

Neste ambiente, as relações internacionais passam a ser empreendidas em um contexto mais integrado, onde a responsabilidade aumenta e onde o tratado passa a ser um elemento preponderante para a tendência *globalizante* desses relacionamentos. Os processos contemporâneos demonstram que o monismo com primazia do Direito Internacional tem sido uma das vias utilizadas para se garantir a unidade e o equilíbrio do sistema, pois visa evitar contradições e conflitos jurídicos universais. O contrário também ocorre, inegavelmente. A questão é quantitativa, visto que do tratado decorrem sérios conflitos, mas também decorrem a paz e a cooperação. O desafio, por conseguinte, é o de se saber se o tratado confere mais coesão ou mais tensão para as relações internacionais.

A tese monista referente à primazia do Direito Internacional sobre o Direito interno ganha, portanto, um especial destaque, mormente pelos internacionalistas, que afirmam que a observação dos tratados internacionais torna-se uma necessidade vital para a garantia de uma estabilidade através da segurança jurídica que proporcionam, evitando-se conflitos

¹³¹ ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. de. **Curso de direito internacional público**. 12 ed. vol I. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 109.

¹³² AMORIM ARAÚJO, op.cit., p.47.

internacionais entre os Estados contratantes. Na realidade, é pelo prisma das duas variáveis monistas, a da primazia do Direito Internacional e a da primazia do Direito interno, que o debate jurídico-doutrinário se alicerça.

Para Hildebrando Accioly¹³³, os Estados cumprem as normas derivadas do Direito Internacional e, são exceções, na atual sociedade, aqueles Estados que ainda pretendem submeter o Direito Internacional ao seu Direito interno. Nesta situação, a soberania nacional é utilizada como fundamento para autodeterminação do Estado em face o Direito Internacional.

Mirtô Fraga expõe um entendimento conciliador:

A adoção pode ser automática ou não; a superioridade do tratado sobre a lei pode ser expressa, sendo verdadeira, também, a posição oposta; pode-se ainda, nada estabelecer, competindo, nesse caso, aos Tribunais a tarefa de determinar qual delas deva ser aplicada; é certa, no entanto, a tendência de se procurar uma interpretação que permita a conciliação.¹³⁴

Nádia de Araújo, apesar de reconhecer que as teorias monista e dualista se apresentam ainda como uma referência no estudo das relações entre o Direito interno e o Direito Internacional, também assegura que:

Saber se há separação de qualquer espécie entre o ordenamento jurídico nacional e o internacional, e, ainda, em que qualidade o tratado integra o ordenamento jurídico interno traz à tona a velha controvérsia entre as idéias colocadas, nos anos 20, por dualistas e monistas, correntes teóricas que até hoje assombam a doutrina nacional.¹³⁵

A dicotomia estabelecida pela independência entre o Direito Internacional e o Direito interno tem levado a problemas doutrinários e práticos sem que se consiga chegar, todavia, a um consenso acerca da predominância de um ordenamento sobre o outro; uma vez que, havendo um conflito entre uma fonte originária do Direito Internacional e uma de direito interno, qual delas deverá prevalecer?¹³⁶

A teoria e a prática são coisas distintas, fato que mereceu atenção exclusiva de parte de Mirtô¹³⁷, que também reconhece esta independência ao apregoar: *a questão pode ser estudada de dois pontos de vista: o teórico e o prático.*

¹³³ ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de direito internacional público**. Rio de Janeiro: IBGE, 1956. vol. I, p. 50.

¹³⁴ FRAGA, op.cit., p. 27.

¹³⁵ ARAÚJO, Nádia de. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 140.

¹³⁶ ALBUQUERQUE MELLO, op.cit., p. 82.

¹³⁷ FRAGA, op. cit., p. 04.

Na realidade, a atribuição da competência para celebrar tratados é conferida ao Chefe do Poder Executivo, ou representante por ele designado. Esta é a regra geral. É a Constituição de cada país, todavia, que vai determinar uma competência exclusiva ou privativa, ou até mesmo, uma divisão de competências para a vigência do tratado internacional na ordem interna.

A Constituição Federal de 1988 trouxe dois dispositivos acerca do poder de celebrar tratados e concernentes à incorporação destes no Direito interno, que são os artigos 49, inciso I, e 84, inciso VIII. Para Luis Flávio Gomes e Flávia Piovesan¹³⁸ consagrou-se a colaboração entre o Executivo e o Legislativo na conclusão de tratados internacionais, que não se aperfeiçoa enquanto a vontade do Poder Executivo, manifestada pelo Presidente da República, não se somar à vontade do Congresso Nacional. Assim sendo, para o aperfeiçoamento dos tratados internacionais exige-se um ato complexo, onde se integram a vontade do Presidente da República, que os celebra, e a do Congresso Nacional, que os aprova, mediante decreto legislativo. Aliás, historicamente, as Constituições brasileiras sempre exigiram a conjugação de vontades entre Executivo e Legislativo para a conclusão de tratados internacionais.

Assim dispõem os mencionados artigos:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
(...)
VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; (...).”

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; (...).”

Como se percebe pela leitura dos artigos transcritos, a vontade do Executivo, manifestada pelo Presidente da República, não se aperfeiçoará enquanto a decisão do Congresso Nacional sobre a viabilidade de se aderir àquelas normas internacionais não for manifestada, no que se afigura, assim, a colaboração entre o Executivo e o Legislativo no processo de conclusão de tratados internacionais.

A discussão, todavia, paira acerca do aspecto da aplicabilidade dos tratados internacionais, principalmente, os tratados que versam sobre direitos e garantias fundamentais e Direitos humanos, tendo em vista que na Constituição Federal não há menção expressa a qualquer das correntes, seja a monista, seja a dualista. Flávia Piovesan leciona:

¹³⁸GOMES, Luiz Flávio, PIOVESAN, Flávia. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: RT, 2000. p. 155.

A doutrina predominante tem entendido que, em face do vazio e silêncio constitucional, o Brasil adota a corrente dualista, pela qual há duas ordens jurídicas diversas: a ordem interna e a ordem internacional. Para que o tratado ratificado produza efeitos no ordenamento jurídico interno, faz-se necessária a edição de um ato normativo nacional. No caso brasileiro, este ato tem sido um decreto de execução, expedido pelo Presidente da República, com a finalidade de conferir execução e cumprimento ao tratado ratificado no âmbito interno. Embora seja esta a doutrina predominante, este trabalho sustenta que essa interpretação não se aplica aos tratados de direitos humanos que, por força do art. 5º, §2º, têm aplicação imediata. Isto é, diante do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direito e garantias fundamentais, os tratados de direitos humanos, assim que ratificados, devem irradiar efeitos na ordem jurídica internacional e interna, dispensando-se a edição de decreto de execução. Já no caso dos tratados tradicionais, há a exigência do aludido decreto, tendo em vista o silêncio constitucional acerca da matéria.¹³⁹

Silvia Steiner apregoa um sistema monista, o que quer dizer que o tratado ingressa no ordenamento jurídico interno sem necessidade de lei no sentido formal:

Em verdade, pelo nosso sistema, é de competência exclusiva do Executivo a celebração de tratados (art. 84, VIII, da CF). Ao Congresso é enviada cópia do texto, a qual, se aprovada, gera a publicação de um decreto legislativo, cuja função é apenas a de dar ciência da aprovação do texto apreciado, das reservas eventualmente impostas, das cláusulas facultativas aceitas etc. Somente após a aprovação do texto é que o Executivo ratifica o tratado e, por via da promulgação, assinala o início de sua vigência e eficácia no País. Nem o decreto legislativo, nem o decreto do executivo de promulgação podem ser considerados 'lei' no sentido de norma de direito interno editada segundo a forma e procedimento previstos na Constituição.¹⁴⁰

E para ilustrar tal posição, Silvia Steiner cita Pedro Dallari, que, por sua vez, assinala:

O tratado ingressa no direito brasileiro – e entendo que essa é uma questão pacífica hoje – com vida própria, com forma própria, por força do compromisso internacional celebrado pelo Brasil, sendo o decreto presidencial a via pela qual se dá a publicidade ao seu conteúdo e se fixa o início de sua vigência no território nacional. Prevalece, assim, a solução monista para o dilema da integração dos tratados de direito internacional público ao direito interno.¹⁴¹

A ausência de um preceito constitucional específico conferindo superior hierarquia da norma convencional sobre a interna requeria a alteração do texto constitucional, para que nele se incluísse dispositivo que determinasse que os tratados são recebidos na ordem nacional e que possuem superior hierarquia em face da legislação interna infraconstitucional.

¹³⁹ PIOVESAN, op.cit., p. 158-159.

¹⁴⁰ STEINER, Silvia Helena de Figueiredo. **A convenção americana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2000, p. 69-71.

¹⁴¹ Idem, ibidem.

Consoante as determinações constitucionais contidas nos artigos 49, inciso I, e 84, inciso VIII, a Carta Magna de 1988 adotou um sistema misto para a incorporação dos tratados internacionais no Direito interno, ou seja, um tratamento de incorporação imediata dispensado aos tratados de direitos fundamentais e Direitos Humanos e, um tratamento de incorporação mediata para os tratados convencionais.

Os tratados convencionais no Brasil, portanto, exigem sempre a participação do Poder Legislativo, no que concerne a aprovação ou referendo, para sua vigência no Direito interno, mediante a emissão de um Decreto Legislativo. Gruppenmacher assevera:

A tradição constitucional brasileira desde 1891, com exceção feita à Carta de 1937, impõe ação conjunta do Poder Executivo e do Poder Legislativo na conclusão de tratados internacionais. As disposições dos citados artigos 49, I e 84, VIII mantém, na atual Constituição, a necessária colaboração entre os apontados Poderes do Estado, que sempre foi regra comum nas Constituições brasileiras, sendo da União, segundo preceitua o artigo 21 da Carta Magna, a competência para manter relações com Estados estrangeiros e participar das organizações internacionais.¹⁴²

A Constituição Federal de 1988 continuou a preceituar que é o Chefe do Poder Executivo quem tem a voz externa do Estado, cabendo-lhe a celebração, a ratificação e a promulgação dos tratados celebrados. Incumbe ao Poder Legislativo a aprovação e o referendo dos compromissos assumidos pelo Chefe do Poder Executivo em nome do Estado.

Na doutrina pátria, a interpretação dos tratados de direitos fundamentais e direitos humanos, como normas de caráter constitucional e de aplicação imediata, deve ser feita diante da leitura dos dispositivos a seguir transcritos:

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

I – *(omissis)*

II - prevalência dos direitos humanos;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Entendemos que se trata de uma cláusula geral de recepção plena não cabendo quaisquer controvérsias quanto à forma da incorporação ao ordenamento interno. Parece-nos

¹⁴² GRUPENMACHER, Betina Treiger. **Tratados internacionais em matéria tributária e ordem interna**. São Paulo: Dialética, 1999. p. 73.

evidente que a Lei Maior de 1988 adotou para os tratados de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, §1º) e os tratados de Direitos Humanos (art. 5º, §2º), o preceito da incorporação imediata ao Direito interno.

O rol contido no Título II da Carta Política de 1988, por conseguinte, é meramente exemplificativo, não consistindo *numerus clausus*. Consoante as determinações supracitadas, há um sistema constitucional aberto relativamente aos direitos fundamentais que se correlaciona com outros dispositivos do próprio texto constitucional (direitos e garantias expressos), com princípios constitucionais implícitos (decorrentes do regime adotado pela Constituição e dos princípios constitucionais) e com tratados internacionais de Direitos Humanos.

Cançado Trindade leciona:

Os direitos humanos consagrados em tratados de direitos humanos em que o Brasil seja parte incorporam-se "ipso facto" ao direito interno brasileiro, no âmbito do qual passam a ter 'aplicação imediata' (art. 5º, §1º), da mesma forma e no mesmo nível que os direitos constitucionalmente assegurados (...). A especificidade e o caráter especial dos tratados de direitos humanos encontram-se, assim, devidamente reconhecidos pela Constituição brasileira vigente.¹⁴³

Reconhecível, por conseguinte, a diferença fundamental existente entre os tratados convencionais, que estão sujeitos a aprovação ou referendo do Poder Legislativo, em relação aos tratados que se referem aos direitos fundamentais e as garantias individuais e Direitos Humanos, em que o texto constitucional determina a incorporação imediata ao Direito interno, destes últimos.

Magalhães¹⁴⁴ destaca que a Constituição não menciona a lei, mas os direitos e garantias por ela assegurados, ou por tratados internacionais de que o Brasil seja parte. Segundo seu entendimento, há, aqui, verdadeira equiparação entre a Constituição e os tratados. Dessa forma, se a Carta Política não previu certos direitos e garantias, contemplados em tratados firmados pelo Brasil, tais direitos e garantias se sobrepõem às leis que não os reconheçam. E isto por força da própria Lei Maior (art. 5º, §2º). Assim sendo, se a lei estabelecer determinado direito ou garantia, não incluído dentre os estabelecidos no artigo 5º, tal lei poderá ser revogada por outra, sem ferir a Magna Carta. Mas, se tal direito ou garantia for assegurado por tratado, a lei não poderá os revogar, diante da equiparação constitucional estabelecida no citado dispositivo.

¹⁴³ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos**: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 234.

¹⁴⁴ MAGALHÃES, José Carlos de. **O supremo tribunal federal e o direito internacional**: uma análise crítica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 18; 64-65.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu nos referidos dispositivos, que tais direitos e garantias fundamentais, seja quando for em conflito de lei interna e norma de direito internacional, ou quando da não previsão pela própria Carta, sobrepõem-se ao ordenamento jurídico interno infraconstitucional. Verifica-se um tratamento isonômico entre a Constituição Federal e os tratados internacionais de Direito Humanos.

A ordem constitucional de cada país, pois, é quem dispõe sobre a negociação, assinatura e conclusão dos tratados internacionais, bem como a admissibilidade da ordem internacional no Direito interno. Flávia Piovesan apregoa que *os tratados internacionais, enquanto acordos internacionais juridicamente obrigatórios e vinculantes, constituem a principal fonte de obrigação do Direito Internacional. O termo ‘tratado’ é um termo genérico, usado para incluir as Convenções, os Pactos, as Cartas e demais acordos internacionais.*

Valério de Oliveira Mazzuoli¹⁴⁵ define ‘tratado’ como sendo *um acordo formal de vontades concluído entre os sujeitos de direito internacional público, regido pelo direito das gentes e destinado a produzir, imprescindivelmente, efeitos jurídicos para as partes que aderiram.*

O Direito Internacional impõe obrigações e deveres aos Estados no que concerne a determinadas condutas, ficando de fora os indivíduos. Isso significa que o Direito Internacional atribui ao Direito interno – relativamente à conduta dos indivíduos – uma determinação de dever, sendo necessário fazer uma distinção entre tais circunstâncias.

A esse respeito, Hans Kelsen entende:

Hasta ahora se había supuesto que en el momento en que se actualiza la obligación internacional de un Estado, la constitución de este Estado ya contiene la designación de los órganos que han de cumplir con la obligación internacional. Pero también es posible que el orden jurídico del Estado no contenga todavía una norma que designe el individuo que, como órgano del Estado, ha de cumplir con la obligación internacional. En tal caso, ha de crearse esa norma. La situación es la misma si la norma de Derecho internacional obliga al Estado a cierta conducta pero la designa tan sólo en términos generales, de tal manera que sea necesario hacer otras determinaciones para llevar a cumplimiento esta norma del Derecho internacional. En este caso, se debe dictar una norma nacional para ampliar o completar la norma de Derecho internacional, porque la conducta de los órganos del Estado que deben cumplir los deberes internacionales de este tiene que estar determinada de modo adecuado. También se debe dictar una norma de Derecho nacional para la ejecución de una norma de Derecho internacional cuando los órganos del Estado, que deben cumplir los deberes internacionales de éste, pueden, según la constitución, ejecutar únicamente normas de Derecho nacional...¹⁴⁶

¹⁴⁵ MAZZUOLI, op. cit., p. 48.

¹⁴⁶ KELSEN, op. cit., p. 25.

Quanto à interpretação dos dispositivos constitucionais sobre a competência para celebrar tratados, há duas correntes doutrinárias no direito constitucional brasileiro. Segundo Cachapuz de Medeiros¹⁴⁷, *os comentários divulgados pelos doutrinadores, a propósito dos artigos 49, I, e 84, VIII, demonstram que continuam existindo duas vertentes no pensamento jurídico brasileiro sobre a interpretação das normas constitucionais relativas à competência para celebrar tratados.*

A vertente doutrinária capitaneada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, José Cretella Júnior, Pinto Ferreira, Luis Ivani de Amorim Araújo, Oscar Dias Corrêa, Elcias Ferreira da Costa e Roberto de Bastos Lellis, pronuncia-se pela compulsoriedade absoluta da deliberação do Legislativo para todos os acordos internacionais celebrados pelo Executivo.

De outra parte, a vertente doutrinária que se pronuncia pela admissibilidade da celebração de certos acordos internacionais unicamente pelo Executivo, sem aprovação congressional é representada por Celso de Albuquerque Mello, Guido Fernando Silva Soares, José Francisco Rezek, Jose Sette Câmara, Antonio Augusto Cançado Trindade e Vicente Marotta Rangel.

A redação do artigo 84, inciso VIII, da CF/88 atribui uma competência privativa ao Chefe do Poder Executivo para a celebração dos tratados internacionais, de forma a representar a União na Ordem Internacional. Por outro lado, depreende-se da leitura do artigo 49, I, da CF/88, que os compromissos assumidos pelo Chefe do Poder Executivo ficam sujeitos a aprovação ou referendo do Poder Legislativo, que tem a competência para aprovar e referendar *tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional*. No caso do Tribunal Penal Internacional o Brasil assinou o Estatuto de Roma em 7 de fevereiro de 2000. O então Presidente da República, por sua vez, encaminhou o Estatuto de Roma à aprovação do Congresso Nacional em 10 de outubro de 2001. O Congresso Nacional, com fundamento no art. 48, XXVIII, do Regimento Interno do Senado Federal, aprovou o texto do Estatuto por meio do Decreto Legislativo nº 112, de 6 de junho de 2002. O Presidente da República, com fundamento no art. 84, VIII, da Magna Carta, mediante Decreto nº 4.338, de 25 de setembro de 2002, promulgou o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

É importante mencionar que, ao nosso sentir, nos dias atuais, por força da integração cada vez mais acentuada entre os povos, a discussão sobre ambas as doutrinas perdeu o

¹⁴⁷MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de. **O poder de celebrar tratados**: competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do direito internacional, do direito comparado e do direito constitucional brasileiro. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 383.

sentido, por diversos motivos, dentre eles, a dinâmica que envolve as relações internacionais, o fato do cidadão ter se internacionalizado, tornando-se titular de direitos e obrigações e, mormente, o aspecto de que o próprio ordenamento jurídico proporciona a justificação pela adoção desta ou daquela corrente doutrinária. Percebe-se que ocorre, na verdade, um enfraquecimento, senão das doutrinas, no entanto, das discussões que as envolve. Ademais, é a Constituição de cada Estado que vai determinar as regras para incorporação dos tratados internacionais ao Direito interno. Acresça-se a essas circunstâncias que os Chefes de Estado, ao celebrarem tratados internacionais, fazem-no amparados por pareceres e consultas prévias às suas respectivas acessórias jurídicas. Assim sendo, parece-nos impraticável um Chefe de Estado, ou a quem a Constituição do Estado conferir o poder de celebrar tratados, firme um compromisso internacional que afronte a Lei Maior do Estado que representa. Contemporaneamente, os Estados não são mais entes isolados, em face do realinhamento do exercício da soberania, aspecto positivo trazido pela globalização. A inter-relação entre os Estados não é compatível com a vontade estatal absoluta, visto que o descumprimento de um tratado significa sanções a nível internacional, que, por sua vez, trazem conseqüências a nível nacional.

Corroborando nossa posição, Magalhães¹⁴⁸ afirma que *é por isso que perdeu sentido a antiga polêmica sobre dualismo e monismo...* Tal polêmica, na verdade, pode-se considerar ultrapassada, uma vez que a questão se cinge ao exame da Constituição do país e dos mecanismos por ela adotados para a celebração e ratificação dos tratados. Trata-se, assim, de matéria constitucional, que deve ser harmonizada com o Direito Internacional, devendo-se sempre examinar a Constituição para verificar a constitucionalidade de um tratado e, assim, sua regularidade perante a ordem interna. Cumpre destacar, há também os que digam que essa disputa doutrinária é irrelevante e inócua. Segundo Ross¹⁴⁹, tratar-se-ia de uma *disputa de palavras*.

De outra parte, não basta examinar a constitucionalidade de um tratado, pois há que se considerar também a compatibilidade da própria Constituição com as normas cogentes de Direito Internacional. Estas são de aplicação geral e obediência compulsória por todos os Estados, por expressarem valores permanentes da comunidade internacional, pois dizem respeito aos Direitos Humanos que prevalecem sobre eventuais valores de comunidades nacionais, visto que o cidadão se tornou internacional, isto é, universalizou-se.

¹⁴⁸ MAGALHÃES, op. cit., p. 18.

¹⁴⁹ ROSS, op. cit., p. 51.

A análise acerca da integração do Direito Internacional com o Direito interno cresce em um momento de redefinições e ampliação de antigos conceitos e desfazimento de dogmas, como por exemplo, os conceitos de soberania e de cidadania. Esta realidade pode ser ilustrada pela sabedoria árabe, imortalizada nos versos de Gilbran¹⁵⁰: *A Terra é minha pátria, a humanidade é minha família*. Numa terra de todas as nações, as questões que envolvem o Direito Internacional merecem especial atenção por parte dos nossos juristas, especialmente no Brasil, onde é ainda embrionário o volume de estudos a respeito.

Se a discussão doutrinária e jurisprudencial há muito tempo girava em torno do caráter legal ou constitucional dos tratados de Direitos Humanos, a inovação da EC 45 tenta pôr fim a essa questão. As normas infraconstitucionais devem guardar uma compatibilidade vertical tanto com os tratados de Direitos Humanos, quanto com a Constituição. Se incompatíveis com a norma humanitarista internacional, suspende-se sua eficácia, tendo em vista a especialidade desse tipo de norma jurídica. Mesmo que não se queira admitir o caráter de hierarquia constitucional dos tratados, percebe-se o progresso ao colocar os tratados internacionais de Direitos Humanos num degrau acima da legislação infraconstitucional.

À luz de todos os dispositivos constitucionais estabelecendo que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata; que propagam a prevalência dos Direitos Humanos; que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte; e, que o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos Direitos Humanos; parece-nos contraditório a discussão acerca da constitucionalidade da internalização do Estatuto de Roma no ordenamento jurídico brasileiro. Evidentemente, que a só incorporação não garante a desejada eficácia do Estatuto, mas é um degrau importante que se escala no patamar da proteção dos Direitos Humanos.

Com relação ao TPI, contudo, as circunstâncias que revestem a internalização do Estatuto de Roma são mais complexas, haja vista que há embates – pelo menos aparentes – entre proibições da lei interna e permissibilidades da lei internacional. Deparamo-nos, pois, entre os comandos da Constituição Federal e o Estatuto de Roma. A análise de alguns aspectos que se afiguram conflitantes faz-se necessária para o desenvolvimento do nosso estudo acerca da eficácia do Estatuto no ambiente do Direito interno brasileiro.

¹⁵⁰ GIBRAN, Gibran Khalil. **O Profeta**. Tradução de Bettina Gertrum Becker. Porto Alegre: L&PM, 2001. p. 37.

2.2.3 O Tribunal Penal Internacional e o ordenamento jurídico brasileiro

O Brasil, através do seu corpo diplomático, que já participava, mesmo antes da Conferência de Roma de 1998, de uma Comissão Preparatória para o estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional, teve destacada atuação em todo o processo de criação do Tribunal.¹⁵¹ E isto foi devido, grande parte, em virtude do mandamento do art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição brasileira de 1988, que preceitua que *o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos*. Assim o Brasil deságua no leito do Tribunal Penal Internacional.

2.2.3.1 A subscrição do Brasil ao Tratado de Roma

Em 7 de fevereiro de 2000 o governo brasileiro assinou o tratado internacional referente ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, tendo sido o mesmo posteriormente aprovado pelo Parlamento brasileiro, por meio do Decreto Legislativo nº 112, de 6 de junho de 2002, e promulgado pelo Decreto presidencial nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. O depósito da carta de ratificação brasileira se deu em 20 de junho de 2002, momento a partir do qual o Brasil já se tomou parte no respectivo tratado por força da norma do art. 5º, § 2º, da Constituição brasileira de 1988, verbis: *Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*. O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional integrou-se ao Direito brasileiro com *status* de norma materialmente constitucional, passando a ampliar, sobremaneira, o que J.J. Gomes Canotilho¹⁵² denomina *bloco de constitucionalidade*, da nossa Carta Magna. O advento da Emenda Constitucional nº 45 acresceu ao art. 5º da Magna Carta o § 4º, que poderemos observar, nada mais representa que a consolidação de uma predisposição contida no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que no art. 7º ditava: *O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos*.

¹⁵¹ MAZZUOLI, op. cit., p. 551.

¹⁵² CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

2.2.3.2 A entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45

A partir de 8 de dezembro de 2004, em virtude da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45, o Brasil passou a reconhecer formalmente a jurisdição do Tribunal Penal Internacional por meio do § 4º acrescentado ao art. 5º da Constituição, segundo o qual: *O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.* O que fez essa disposição constitucional foi solidificar a tese segundo a qual a Constituição de 1988 está perfeitamente apta a operar com o Direito Internacional e com o sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos.

O Estatuto de Roma de 1998 passou a ser formalmente constitucional no Brasil, aprovado em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos seus respectivos membros, nos termos do disposto no § 3º do art. 5º da Constituição, também introduzido pela Emenda nº 45/2004. Neste caso, para além do *status* de norma materialmente constitucional, o Estatuto de Roma galgará ainda os efeitos jurídicos próprios das emendas constitucionais, passando a ser insuscetível de denúncia neste caso. Surgiram indagações, porém, a respeito da constitucionalidade da adesão brasileira ao Estatuto de Roma, sobretudo em face das figuras criadas, caso da ‘entrega’ de nacionais, a instituição da prisão perpétua, a forma como são tratadas a nível de Tribunal Penal Internacional as imunidades em geral e as relativas ao foro por prerrogativa de função, a questão da reserva legal e a revisão da coisa julgada. Uma a uma, perceberemos que as antinomias são de mera aparência.

2.2.3.3 Antinomias – reais ou aparentes – entre o Estatuto de Roma e a Constituição Federal

Em relação às discussões sobre a constitucionalidade do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional no Direito brasileiro, alguns juristas e observadores nacionais têm cogitado o caso de inconstitucionalidade desse instrumento internacional, o que faz merecer um estudo detalhado sobre as potenciais antinomias entre o tratado internacional que instituiu o Tribunal e a Constituição brasileira de 1988. As determinações penais e

procedimentais estabelecidas pelo Estatuto de Roma podem parecer que apresentam algumas incompatibilidades com a Constituição Federal brasileira, mais especialmente em relação a cinco questões de relevante importância disciplinados pelo Estatuto, quais sejam: a entrega de nacionais ao Tribunal; a instituição da pena de prisão perpétua, a questão das imunidades em geral e as relativas ao foro por prerrogativa de função; a questão da reserva legal; e a questão do respeito à coisa julgada.

No direito dos tratados, tais matérias são denominadas de inconstitucionalidade intrínseca¹⁵³ dos tratados internacionais. Esta tem lugar quando o tratado, apesar de formalmente ter respeitado todo o procedimento constitucional de conclusão estabelecido pelo Direito interno, contém normas violadoras de dispositivos constitucionais.

Não se pode confundir com a inconstitucionalidade chamada extrínseca (ou formal), também conhecida por ratificação imperfeita, que ocorre quando o Presidente da República viola norma constitucional para celebrar tratados, ratifica o acordo sem o assentimento prévio do Congresso Nacional. No caso do Tribunal Penal Internacional, a ratificação ocorreu nas escorreatas normas constitucionais determinantes da competência para celebrar tratados: arts. 49, inc. I, e 84, inc. VIII, da CF.

2.2.3.3.1 A entrega de nacionais

O primeiro conflito aparente entre uma disposição do Estatuto de Roma e a Constituição brasileira de 1988 advém do teor do art. 89, § 1º, do Estatuto, segundo o qual o Tribunal poderá dirigir um pedido de detenção e entrega - *surrender* - de uma pessoa a qualquer Estado em cujo território essa pessoa possa se encontrar, e solicitar a cooperação desse Estado na detenção e entrega do indivíduo em causa, tendo os Estados Partes o dever de dar satisfação ao Tribunal aos pedidos de detenção e de entrega de tais cidadãos, em conformidade com o Estatuto e com os procedimentos previstos nos seus respectivos Direitos internos.¹⁵⁴

A entrega de uma pessoa (qualquer que seja a sua nacionalidade e em qualquer lugar que esteja) ao Tribunal Penal Internacional é um instituto jurídico *sui generis* nas relações internacionais contemporâneas, em todos os seus termos distinto do instituto já conhecido da extradição, que tem lugar entre duas potências estrangeiras visando a repressão internacional de delitos. Não obstante os procedimentos nacionais para a prisão continuarem sendo

¹⁵³ MAZZUOLI, Valério Oliveira. **Tratados internacionais**: com comentários à convenção de Viena de 1969. 2 ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 247-252.

¹⁵⁴ Idem, p.565.

aplicados, eventuais normas internas sobre privilégios e imunidades referentes a cargos oficiais, bem como regras sobre não-extradição de nacionais, não serão causas válidas de escusa para a falta de cooperação dos Estados Partes do Tribunal.

A Constituição brasileira de 1988, no seu art. 52, incisos LI e LII, dispõe, respectivamente, que *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 também determina que *não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião*. Tais incisos do art. 5º da Constituição, pertencendo ao rol dos direitos fundamentais, estão cobertos pela cláusula do art. 60, § 4º, inc. IV, da mesma Carta, segundo a qual *não será objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais*.

Por este motivo é que o Estatuto de Roma, levando em consideração disposições semelhantes de vários textos constitucionais modernos, distingue claramente o que entende por ‘entrega’ e por ‘extradição’. Nos termos do seu art. 102, alíneas *a* e *b*, para os fins do Estatuto entende-se por entrega, o ato de o Estado entregar uma pessoa ao Tribunal *nos termos do presente Estatuto*, e por ‘extradição’, entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado *conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno de determinado Estado*. Se o envio de uma pessoa feita pelo Estado ao Tribunal, portanto, ocorrer nos termos do Estatuto de Roma, tal ato caracteriza-se como entrega, mas caso o ato seja concluído por um Estado em relação a outro, com base no previsto em tratado ou convenção ou no Direito interno de determinado Estado, neste caso se trata de extradição¹⁵⁵.

O art. 91, § 2º, alínea *c*, do Estatuto, impõe uma regra clara de cooperação dos Estados com o Tribunal, no sentido de que as exigências para a entrega de alguém ao Tribunal não podem ser mais rigorosas do que as que devem ser observadas pelo país em caso de um pedido de extradição.

Como destaca Cachapuz de Medeiros:

A diferença fundamental consiste em ser o Tribunal uma instituição criada para processar e julgar os crimes mais atrozes contra a dignidade humana de uma forma justa, independente e imparcial. Na condição de órgão internacional, que visa realizar o bem-estar da sociedade mundial, porque reprime crimes contra o

¹⁵⁵ Ver DEL 'OLMO, Florisbal de Souza. Reflexões sobre a extradição na contemporaneidade. *In: Curso de direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Luís Ivani de Amorim Araújo pelo seu 80º aniversário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 355-366.

próprio Direito Internacional, a entrega do Tribunal não pode ser comparada à extradição”.¹⁵⁶

Assim, não se trata de entregar alguém para outro sujeito de Direito Internacional Público, de categoria igual a do Estado Parte, também dotado de soberania e competência na ordem internacional, mas sim a um organismo internacional criado pelo aceite e esforço comum de vários Estados. O Tribunal Penal Internacional certamente não é uma jurisdição estrangeira como é aquela de um outro Estado, não podendo lhe ser aplicadas as mesmas regras que se aplicam a este último, em matéria de soberania e de política externa.

Daí estar correto o entendimento de que o ato de ‘entrega’ é aquele feito pelo Estado a um tribunal internacional de jurisdição permanente, diferentemente da extradição, que é feita por um Estado a outro, a pedido deste, em plano de absoluta igualdade, em relação a indivíduo neste último processado ou condenado e lá refugiado. A extradição envolve sempre dois Estados soberanos, sendo ato de cooperação entre ambos na repressão internacional de crimes, diferentemente do que o Estatuto de Roma chamou de entrega, onde a relação de cooperação se processa entre um Estado e o próprio Tribunal.

O fundamento que existe para que as Constituições contemporâneas prevejam a não-extradição de nacionais, está ligado ao fato de a justiça estrangeira poder ser injusta e julgar o nacional do outro Estado sem imparcialidade, o que evidentemente não se aplica ao caso do Tribunal Penal Internacional, cujos crimes já estão definidos no Estatuto de Roma, e cujas normas processuais são das mais avançadas do mundo no que tange às garantias da justiça e da imparcialidade dos julgamentos.

A entrega de nacionais do Estado ao Tribunal Penal Internacional, estabelecida pelo Estatuto de Roma, portanto, não fere o direito individual da não-extradição de nacionais, insculpido no art. 5º, inc. LI, da Constituição brasileira de 1988, bem como o direito de não-extradição de estrangeiros por motivos de crime político ou de opinião, constante do inc. LII do mesmo art. 5º da Carta de 1988. A aceitação, pelo Brasil, do art. 89, § 1º, do Estatuto, impede (mais que corretamente) a alegação de violação da norma constitucional brasileira proibitiva da extradição de nacionais como meio hábil a livrar um nosso nacional à jurisdição do Tribunal.

Parece clara, assim, a distinção entre a entrega de um nacional brasileiro a uma corte com jurisdição internacional, da qual o Brasil faz parte, por meio de tratado que ratificou e se obrigou a fielmente cumprir, e a entrega de um nacional nosso (esta sim proibida pela

¹⁵⁶ CACHAPUZ DE MEDEIROS, op.cit., p.14.

Constituição) a um tribunal estrangeiro, cuja jurisdição está afeta à soberania de uma outra potência estrangeira, que não a nossa e de cuja construção nós não participamos com o produto da nossa vontade.

Não bastasse essa diferença técnica, uma outra ainda se apresenta. Embora, nos termos do Estatuto de Roma, as regras internas dos Estados continuem tendo validade, não serão aceitas determinadas escusas – dentre elas a de que não se pode entregar nacionais do Estado a tribunais internacionais – para a não-cooperação desses Estados com o Tribunal. Um Estado Parte no Estatuto que não entrega um nacional seu quando emitida ordem de prisão contra o mesmo, será tido como um não-colaborador, o que poderá lhe causar enormes prejuízos, tendo em vista existir no Estatuto de Roma todo um processo que pode ser levado à Assembléia dos Estados Partes do Tribunal Penal Internacional e até mesmo ao Conselho de Segurança das Nações Unidas, para que possam ser tomadas medidas de enquadramento de conduta em relação a tais Estados não-colaboradores. Parece claro que tais Estados já passariam a não ficar muito bem vistos perante a sociedade internacional, em decorrência da abertura desse processo perante a Assembléia dos Estados Partes ou do Conselho de Segurança da ONU.¹⁵⁷

No Brasil, a possibilidade de entrega de nacionais brasileiros à jurisdição do Tribunal Penal Internacional vem regulada pelo art. 118 do já citado Anteprojeto de Lei brasileiro para implementação do Estatuto de Roma, nestes termos: *Havendo concorrência entre o pedido de entrega de pessoa pelo Tribunal Penal Internacional e pedido de extradição feito por outro Estado, a autoridade competente comunicará o fato a ambos os requerentes.* O parágrafo único do mesmo dispositivo complementa que: *Havendo pedido de extradição já em tramitação, este ficará suspenso até a decisão sobre o pedido de entrega.* O art. 119, por seu turno, estabelece que *o pedido de entrega prevalecerá sobre o de extradição nos termos do art. 90 do Estatuto de Roma;* prescrevendo o art. 120 *que havendo concorrência de outros pedidos, que não sejam de entrega ou de extradição, a autoridade competente estabelecerá consultas com o Tribunal Penal Internacional e o Estado requerente com vistas ao atendimento destes.*

2.2.3.3.2 A instituição da prisão perpétua

Outro ponto delicado que pode causar um aparente conflito entre as disposições do Estatuto de Roma e a Constituição brasileira de 1988, diz respeito à previsão do art. 77, § 1º,

¹⁵⁷ MAZZUOLI (a), op.cit., p. 567.

alínea *b*, do Estatuto, segundo o qual o Tribunal pode impor à pessoa condenada por um dos crimes previstos no seu art. 5º, dentre outras medidas, a pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado justificarem. Quanto ao grau máximo da pena privativa de liberdade não superior a trinta anos, equivale à pena máxima do Código Penal brasileiro, nos termos do seu art. 75, ‘caput’.¹⁵⁸

A interpretação mais correta a ser dada, portanto, para o caso em comento é a de que a Constituição, quando prevê a vedação de pena de caráter perpétuo, está direcionando o seu comando tão-somente para o legislador interno brasileiro, não alcançando os legisladores estrangeiros e tampouco os legisladores internacionais que, a exemplo da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, trabalham rumo à construção do sistema jurídico internacional.

A pena de prisão perpétua - que não recebe a mesma ressalva constitucional conferida à pena de morte - não pode ser instituída dentro do Brasil, quer por meio de tratados internacionais, quer mediante emendas constitucionais, por se tratar de cláusula pétrea constitucional. Mas isso não obsta, de forma alguma, que a mesma pena possa ser instituída *fora* do nosso país, em tribunal permanente com jurisdição internacional, de que o Brasil é parte e em relação ao qual deve obediência, em prol do bem estar da humanidade.

Cachapuz de Medeiros¹⁵⁹ acentua que, entende o Supremo Tribunal Federal *que a esfera da nossa lei penal é interna*; e, ainda segundo seu entendimento, *se somos benevolentes com “nossos delinqüentes”, isso só diz bem com os sentimentos dos brasileiros, não se podendo impor o mesmo tipo de “benevolência” aos países estrangeiros.*

A Constituição brasileira de 1988, como já falamos, preceitua, no art. 72 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que o Brasil *propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos*, e no § 4º do art. 5º, que o Brasil *se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão*. E isto reforça a tese de que o conflito entre as disposições do Estatuto de Roma e a Constituição brasileira é apenas aparente, não somente pelo fato de que a criação de um tribunal internacional de Direitos Humanos reforça o princípio da dignidade da pessoa humana (também insculpido pela Constituição, no seu art. 1º, inc. III), mas também pelo fato de que o comando do texto constitucional brasileiro é dirigido ao legislador doméstico, não alcançando

¹⁵⁸ GHIDALEVICH, Fabíola Girão Monteconrado. O Estatuto de Roma e a aparente violação à soberania dos Estados: a superação das divergências existentes da legislação brasileira. *In: Direito de família contemporâneo e novos direitos: estudos em homenagem ao Professor José Russo*. Florisbal de Souza Del’Olmo, Luíz Ivani de Amorim Araújo (coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 202-203.

¹⁵⁹ CACHAPUZ DE MEDEIROS, op.cit., p.15.

os crimes cometidos contra o Direito Internacional e reprimidos pela jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

Muito embora a vedação das penas de caráter perpétuo ser uma tradição constitucional entre nós, o Estatuto de Roma de forma alguma afronta a nossa Constituição (como se poderia pensar numa leitura descompromissada de seu texto); mas, ao contrário, contribui para coibir os abusos e as inúmeras violações de direitos que se fazem presentes no planeta, princípio esse que sustenta corretamente a tese de que a dignidade da sociedade internacional não pode ficar à margem do universo das regras jurídicas.

De outra banda, o condenado que se mostrar merecedor dos benefícios estabelecidos pelo Estatuto poderá ter sua pena reduzida, inclusive a de prisão perpétua. Nos termos do art. 110, §§ 32 e 42, do Estatuto, quando a pessoa já tiver cumprido dois terços da pena, ou 25 anos de prisão, em caso de pena de prisão perpétua, o Tribunal reexaminará a pena para determinar se haverá lugar a sua redução, se constatar que se verificam uma ou várias das condições seguintes: se a pessoa tiver manifestado, desde o início e de forma contínua, a sua vontade em cooperar com o Tribunal no inquérito e no procedimento; se a pessoa tiver, voluntariamente, facilitado a execução das decisões e despachos do Tribunal em outros casos, nomeadamente ajudando-o a localizar bens sobre os quais recaíam decisões de perda, de multa ou de reparação que poderão ser usados em benefício das vítimas; ou quando presentes outros fatores que conduzam a uma clara e significativa alteração das circunstâncias, suficiente para justificar a redução da pena, conforme previsto no Regulamento Processual do Tribunal.

2.2.3.3.3 As imunidades em geral e as relativas ao foro por prerrogativa de função¹⁶⁰

Pode surgir ainda o conflito – também aparente – entre as regras brasileiras relativas às imunidades em geral e às prerrogativas de foro por exercício de função e aquelas atinentes à jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Tais regras são aplicáveis, por exemplo, ao Presidente da República, seus Ministros de Estado, Deputados, Senadores etc. Essas imunidades e privilégios, contudo, são de ordem interna e podem variar de um estado para outro. Também existem outras limitações de ordem internacional, a exemplo da regra sobre imunidade dos agentes diplomáticos à jurisdição penal do Estado acreditado, determinada pelo art. 31 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, de 1961, que está em vigor

¹⁶⁰ FRULLI, Micaela. O direito internacional e os obstáculos à implantação de responsabilidade penal para crimes internacionais. In: CASSESE, Antonio; MIREILLE, Delmas-Marty. (orgs.). **Crimes internacionais e jurisdições internacionais**. Tradução de Silvio Antunha. Barueri, SP: Manole, 2004. p.269-286.

no Brasil desde 1965. Os embaixadores, por exemplo, têm imunidade plena na jurisdição penal dentro dessa sistemática.

Os crimes de competência do Tribunal – crime de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão – por sua vez, são quase sempre perpetrados por indivíduos que se escondem atrás dos privilégios e imunidades que lhes conferem os seus ordenamentos jurídicos internos.

Levando em conta tais circunstâncias, o Estatuto de Roma pretendeu estabelecer regra clara a esse respeito, e assim o fez no seu art. 27, que trata da irrelevância da qualidade oficial daqueles que cometem os crimes por ele definidos, segundo o qual:

1. o presente Estatuto será aplicável de forma igual a todas as pessoas sem distinção alguma baseada na qualidade oficial. Em particular, a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público, em caso algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal nos termos do presente Estatuto, nem constituirá de *per se* motivo de redução da pena.

2. As imunidades ou normas de procedimentos 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.

Diante disso, as imunidades ou privilégios especiais que possam ser concedidos aos indivíduos em função de sua condição como ocupantes de cargos ou funções estatais, seja segundo o seu Direito interno, seja segundo o direito Internacional, não constituem motivos que impeçam o Tribunal de exercer a sua jurisdição em relação a tais assuntos. O Estatuto elide qualquer possibilidade de invocação da imunidade de jurisdição por parte daqueles que cometeram genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra ou de agressão. Assim, de acordo com essa nova sistemática, não podem os genocidas e os responsáveis pelos piores crimes cometidos contra a humanidade acobertar-se pela prerrogativa de foro, pelo fato de que exerciam uma função pública ou de liderança à época do delito.

2.2.3.3.4 A reserva legal

Uma quarta questão, algumas vezes levantada em relação à pretensa incompatibilidade da Constituição brasileira de 1988 com o Estatuto de Roma, diz respeito à reserva legal.

Aqui também não há qualquer conflito entre o Estatuto de Roma e a Constituição brasileira, uma vez que aquele próprio instrumento já prevê os princípios de *nullum crimen*

*sine lege e nulla poena sine lege*¹⁶¹, em seus arts. 22, § 1º, e 23, segundo os quais, respectivamente, nenhuma pessoa *será considerada criminalmente responsável, nos termos do presente Estatuto, a menos que a sua conduta constitua, no momento em que tiver lugar, um crime da competência do Tribunal*, não podendo qualquer pessoa condenada pelo Tribunal ser punida a não ser *em conformidade com as disposições do presente Estatuto*.

Como já se verificou, o Estatuto de Roma detalhou minuciosamente os crimes de sua competência, o que se deve em grande parte ao fato de ter sido o Tribunal criado não somente para julgar nacionais de outros Estados, mas também para julgar nacionais dos próprios Estados que o criaram.

2.2.3.3.5 Respeito à coisa julgada¹⁶²

Um último aspecto que poderia ser colocado em relação aos potenciais conflitos entre o Estatuto de Roma e a Constituição brasileira de 1988 – contudo, de bem mais simples resolução – diz respeito à eventual agressão à chamada coisa julgada material, definida pelo art. 467 do Código de Processo Civil brasileiro como sendo *a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário*.

A regra constitucional brasileira, que disciplina a coisa julgada material, vem inscrita no art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição de 1988, segundo a qual *a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*.

A primeira questão que se coloca diz respeito ao caso de uma pessoa sujeita à jurisdição do Tribunal Penal Internacional já ter sido julgada pelo judiciário brasileiro. Neste caso, com o trânsito em julgado da sentença cessa a sua competência, nos termos do seu art. 20, § 3º, do Estatuto, que trata da regra do *ne bis in idem*:

3. A Corte não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal, por atos também punidos pelos artigos 6º, 7º ou 8º, a menos que o processo nessa outra jurisdição:

- a) tenha tido por objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; ou
- b) não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça.

¹⁶¹ BECCARIA, op. cit. p. 23.

¹⁶² GHIDALEVICH, op.cit., p. 205-208.

A jurisdição do Tribunal Penal Internacional é, pois, subsidiária à jurisdição estatal. O Tribunal, destarte, somente atuará quando o julgamento local tiver sido forjado para absolver o autor dos crimes definidos pelo Estatuto, ou então, quando a investigação e o processamento desses acusados demorar injustificadamente.

Uma segunda questão que pode ser colocada diz respeito ao caso de o Tribunal poder reexaminar as questões já decididas em último grau pelas instâncias nacionais competentes, permissivo encontrado no art. 17 e seus parágrafos do Estatuto. Sem muita dificuldade de interpretação, pode-se dizer que é também equívoco pensar que o Estatuto de Roma ofende a coisa julgada material, resguardada, no Brasil, em última instância, pelo Supremo Tribunal Federal. Entendemos que, neste caso, a determinação constitucional brasileira aplicável não é a inscrita no inc. XLVII, alínea *b*, do art. 5º da Constituição – proibição das penas de caráter perpétuo – mas sim os ditames, também constitucionais, constantes do art. 7º do atos das disposições constitucionais transitórias, combinado com o art. 4º inciso II, reforçado ainda, pelos arts. 84, inc. VIII, e 49, inc. I todos da Carta Política. Por conseguinte, ao submeter-se à jurisdição do TPI, através da internalização, a possibilidade de revisão pelo Tribunal de questões já decididas pelas instâncias nacionais competentes deve ser vista sob dois momentos distintos, quais sejam: primeiramente, observa-se a competência interna dos tribunais brasileiros para o julgamento do acusado. Uma vez constatado que a aplicação dessa regra o foi de maneira a burlar os fins legais de preservação dos Direitos Humanos, então, incide os ditames contidos nos arts. 4º inciso II, 84, inc. VIII, e 49, inc. I, da Constituição. Entendemos que nem chega ser uma exceção à regra insculpida no art. 5º, inciso XLVII, alínea *b*, da Lei Maior. É uma segunda escala na proteção dos Direitos Humanos, visto que, em um primeiro plano aplica-se puramente a jurisdição interna. Não adequada a aplicação desta, forte no princípio da complementaridade do TPI e também segundo os ditames constitucionais de proteção aos Direitos Humanos e respeito aos tratados e convenções internacionais, o Tribunal pode revisar as questões já decididas pelos tribunais internos.

2.3 EFICÁCIA DE DIREITO INTERNACIONAL

Analisando-se a evolução do Direito Internacional, observa-se que o estreitamento das relações internacionais tem delineado um sistema internacional mais integrado, mais cooperativo. Esses movimentos têm levado à crescente integração, também chamados de movimentos *globalizantes*, e imposto novas formas de relacionamento no âmbito mundial. Nesse contexto, cada vez mais, o Direito Internacional vai tornando-se, ao mesmo tempo, um

elemento de coesão e de tensão nas relações entre os sujeitos internacionais. É um elemento de coesão, à medida que vai conseguindo estabelecer a cooperação entre os atores internacionais e o equilíbrio do sistema internacional. Essa coesão implica a harmonização das duas ordens, interna e externa. Por outro lado, pode ocorrer, inversamente ao cenário de estabilidade, uma contradição de interesses entre as duas ordens, a estatal e a internacional; no caso do TPI, das duas ordens jurídicas, a interna e a externa.

A história da humanidade revela que, em período algum, o Direito Internacional recebeu tamanha ênfase e revestiu-se de tal importância como no atual momento vivido pela humanidade – compreendendo o período pós-guerra. Os acontecimentos adquiriram uma dimensão universal – fruto da internacionalização do cidadão – que se torna impossível não reconhecer a indispensabilidade de um estudo analítico acerca da conciliação das regras do Direito Internacional Público com o Direito interno dos Estados.

Historicamente, verificamos que Immanuel Kant¹⁶³ já pretendia concretizar a transplantação da concepção iluminista da lei como fonte da liberdade individual, para a visão do direito como instrumento de pacificação entre os Estados, por força de uma constituição supranacional. Este seria um imperativo moral. Afinal, enquanto os Estados continuarem desprovidos de uma ordem jurídica internacional fundada nesses critérios, os propósitos expansionistas determinarão suas condutas externas, de forma a estimular a continuidade das violações sequenciais perpetradas aos direitos dos cidadãos. Tendo em vista que *À paz perpétua* foi escrito por Kant em 1795, num momento em que a Europa passava por vários conflitos bélicos entre as grandes nações do continente, reflete largamente, a dramática situação da Europa neste período, em especial, o contexto de guerra entre Prússia e França. Sem embargo da obra não ter um caráter político, *uma verdadeira ordem pacífica global* deve estar fundamentada sobre *uma ordem jurídica global*, na proposição feita no segundo artigo definitivo de *À paz perpétua*.

A liberdade jurídica universal somente seria alcançada através do direito pela harmonização da conduta externa – o que seria chamado hoje de *agenda de política externa* – entre os Estados. As condições indicadas por Kant para alcançar a paz entre os Estados são pensadas a partir de dois planos: nacional e internacional. A idéia de paz está vinculada à realização do direito público nos dois planos. Então, Kant postula o desenvolvimento de uma nova ordem jurídica internacional, a partir de normas com eficácia supranacional e derivadas de um direito internacional legítimo, bem como uma forma de governo inserida no contexto

¹⁶³ KANT, op. cit.

democrático de participação política – equiparando-se este termo à noção kantiana de republicanismo – a qual tem na constituição política perfeita o fim último a ser alcançado pela humanidade e que garantiria a suspensão das guerras e o estabelecimento da paz e prevalência da razão. As condições para instaurar a paz definitiva exigem uma constituição republicana, um direito internacional baseado em uma federação de Estados Livres – e autodeterminados, conforme a quinta proposição – e um direito cosmopolita.

Desta forma, Kant¹⁶⁴ propugnava que a questão da paz entre os Estados estava relacionada também à existência de um Direito Internacional legítimo. E um direito internacional legítimo apenas pode fundar-se sobre uma *federação de Estados livres*, conforme o segundo artigo definitivo.

A fundamentação, ou mesmo a imputação de legitimidade, ao direito positivo e ao Estado é o contrato originário acordado entre os indivíduos, sendo que a partir deste momento ocorre a passagem do estado de natureza para o estado civil. Deve-se, então, ser realizada a passagem do estado de natureza, que é um estado de guerra entre os Estados – como o é primeiramente no caso dos indivíduos – e a constituição de um Estado de Direito no plano internacional, que constitui um imperativo jurídico-moral como no plano dos indivíduos. O Direito Internacional, por conseguinte, apenas pode ser válido e justo num estado civil internacional, o qual deve também ser decorrente de um pacto originário entre Estados.¹⁶⁵

Afirmava: *só se pode falar do direito das gentes sob o pressuposto de alguma situação jurídica, isto é, uma condição externa sob a qual se possa atribuir realmente ao homem um direito*. E este *status juridicus* devia ter origem num consenso de vontades livres dos vários Estados, sob pena de tornar-se uma expressão *sem conteúdo*, como se afirma no apêndice¹⁶⁶ da obra.

A eficácia jurídica internacional de um estatuto penal será alcançada através da punição dos infratores. Não há determinação legal que se sustente se não aplicada adequadamente e no momento próprio. Na mesma esteira, a eficácia social de uma legislação só será alcançada na sua plenitude se gerar um ambiente de confiabilidade, pois um Direito Internacional que não é fundamentado na credibilidade plena da sua jurisdição, construído a partir de um pacto amplo e respeitado, representará a procrastinação das hostilidades, realimentando-se os conflitos através da violência, sem representar, na verdade, solução para as agressões contra os Direitos Humanos.

¹⁶⁴ Idem, p. 132.

¹⁶⁵ Idem, p.134.

¹⁶⁶ Idem, p. 160-167.

Inegável que questões supostamente resolvidas por meio da força nunca põem fim ao estado de guerra, que continua latente podendo suscitar a ocorrência de novos conflitos a qualquer momento, principalmente, tratando-se de crimes que envolvam chefes de Estado ou chefes de governo, como é a grande maioria dos crimes de competência do TPI. A via jurídica correta é o processo, julgado por um tribunal permanente, imparcial e confiável. Reconhecer o Estado vitorioso numa guerra como titular de uma pretensão verdadeira é retroceder aos *chamados juízos de Deus*. Era considerado inocente ou titular de um direito aquele que saísse vivo de uma prova. Assim, Kant vislumbrava a necessidade, do que a partir do século XX seria uma realidade concreta: os tribunais internacionais, como sede legítima para resolver conflitos neste plano¹⁶⁷.

A concepção, então, do Direito Internacional como um direito para a guerra é desprovida de um fundamento racional, ou seja, é incompatível com o imperativo categórico do direito. A validade de um Direito Internacional está vinculada a um estado civil entre Estados. O imperativo do direito e da democracia deve ser ampliado para as relações globais, tendo em vista que o cidadão deixou de ser nacional e passou a ser internacional. Presente, então, a necessidade de um direito legitimado democraticamente para reger o sistema internacional. Existem questões que apenas podem ser resolvidas em nível global. A solução destas questões – como no caso dos crimes contra a humanidade e contra a ordem internacional – pressupõe a existência de instâncias criadas a partir de um sentimento universal de direito. Sem dúvida, a construção de um ordenamento jurídico internacional legítimo seria uma parte do caminho a ser percorrido para pôr fim ao estado de guerra latente entre os Estados e, mais modernamente e globalizadamente pensando, entre os próprios indivíduos. O fim desse estado latente de guerra, apenas pode ocorrer com a instituição de um ordenamento internacional fundado no imperativo categórico do direito e não a partir de uma ordem jurídica internacional construída sob os pressupostos do realismo.

Habermas¹⁶⁸ advertia que o fundamento do vínculo jurídico entre as nações era um aspecto que Kant não havia explicado: *Kant não explicou porém, nem como garantir a permanência dessa união, da qual depende a “natureza civil” da harmonização de conflitos internacionais, nem como fazê-lo se a obrigação jurídica de uma instituição análoga à constituição.*

A construção, pois, de um novo direito internacional público deve ser fundamentada nos pilares do constitucionalismo moderno, ou seja, a razão pública e a vontade geral.

¹⁶⁷ Idem, p. 134

¹⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2001. p. 190.

Segundo Vieira¹⁶⁹, trata-se de *uma via de mão dupla*, pois *da mesma maneira que ocorre uma internacionalização do direito constitucional, acontece também um movimento inverso, ou seja, a constitucionalização de setores do sistema internacional*.

Outro aspecto importante ao se pensar numa nova ordem internacional penal é o caráter do vínculo que deve ser proposto. É importante levar em consideração que o vínculo jurídico neste novo ordenamento internacional deve ser de caráter subsidiário. Este caráter demonstra cautela, tendo em vista o perigo de instituição de uma tirania mundial, o que talvez tenha influenciado Kant a não propor uma verdadeira constituição internacional.

Seguindo a perspectiva liberal e kantiana, seria interessante postular-se uma ordem jurídica internacional penal com poderes públicos, ou seja, na forma de um verdadeiro órgão global, legitimado democraticamente seguindo o modelo do Estado constitucional democrático. Para tanto, imprescindível a coercitividade do TPI, o que será alcançada mediante a colaboração dos Estados signatários do Estatuto de Roma, já que o Tribunal não possui meios para fazer valer a força do direito.

O poder de coerção do Tribunal será exercido via colaboração estatal, tendo em vista aquele não dispor de meios pra tal exercício. Daí a imprescindibilidade do desprendimento dos Estados Partes na efetivação das ações do TPI. Mesmo os Estados que não aderiram ao Estatuto devem, ou deveriam, contribuir para que a Corte Criminal Internacional alcance seu desiderato, senão por terem aderido ao Estatuto de Roma, mas em face de outros tratados internacionais que, possivelmente, já haviam firmados antes mesmo do Tratado de Roma com vistas a proteger os Direitos Humanos. Pensamos que seria suficiente a evocação da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. Assim sendo, o próprio ordenamento jurídico internacional proporciona a fundamentação da colaboração com a Corte Permanente, mesmo para aqueles Estados que ainda não aderiram ao Estatuto. Inegável que, para os Estados não aderentes ao Tratado de Roma, há o argumento de não reconhecimento da jurisdição em face da não assinatura do Tratado. Cabe, porém, a distinção entre a submissão à jurisdição e a tão só colaboração ao exercício da jurisdição. Na primeira hipótese, requer-se a assinatura do Tratado de Roma e a internalização do mesmo, ficando o Estado aderente sujeito à jurisdição do Tribunal. Na segunda hipótese, ou seja, a mera colaboração independe de assinatura e internalização e o Estado não se vincula à Corte. Talvez, por vezes, o TPI terá que se valer da força do direito tanto para a coleta de provas quanto para apresentação do acusado e, desprovido de poder coercitivo, o Tribunal tornar-se-á débil tanto no

¹⁶⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Realinhamento constitucional. In: **Direito global**. São Paulo: Max Limonad, 1999. p.15.

desenvolvimento dos processos quanto na execução das suas decisões. Vale lembrar, em referindo-se à força do direito, as lições de Rudolf von Ihering:

O Direito não é uma pura teoria, mas uma força viva. Por isso que a justiça sustenta em uma das mãos a balança em que pesa o direito e, na outra, a espada que se serve para o defender. A espada sem a balança é a força brutal. A balança sem a espada é a impotência do direito. Uma não pode avançar sem a outra, nem haverá ordem jurídica perfeita sem que a energia com que a justiça aplica a espada seja igual a habilidade com que maneja a balança.¹⁷⁰

A imprescindibilidade da colaboração dos Estados também se justifica pelo fato de que o cidadão internacionalizou-se, passou a ser sujeito de direitos e obrigações no âmbito internacional. Diante desse fato, aliada a circunstância de que o fim precípua do Estado é a realização do bem comum aos seus cidadãos, somando-se, ainda, ao fato de que o Estado possui suas ações restringidas pelos limites do seu território, faz-se necessário que a idéia de nacionalismo se internacionalize. Assim sendo, os Estados devem buscar além fronteiras os subsídios para a realização do seu objetivo maior, o que fará se abastecendo da soberania de outros Estados, complementando a sua soberania e, assim, realizando seus objetivos. A idéia de soberania estanque deve ceder espaço a um conceito mais abrangente e maleável. É incompatível Estado nacional habitado por cidadão internacional. Há que haver uma adaptação do Estado à nova realidade internacional, isto é, o Estado deve internacionalizar-se. A nova concepção deve considerar, pois, além da subsidiariedade, uma compreensão de soberania diversa da concepção clássica preconizada pelos realistas. Para que haja progresso em termos de legitimidade e eficácia no Direito Internacional, e para que não mais seja considerado irrelevante no sistema internacional, ou apenas um instrumento para maquiagem interesses hegemônicos, é imprescindível a superação, ou em alguns casos, de reformulação de alguns conceitos clássicos.

Verifica-se, no cenário político internacional contemporâneo, que a questão fundamental não é de falta, mas de abuso do poder decorrente da soberania dos Estados. Ao fazer um balanço sobre os custos sociais dos conflitos e das intervenções em Kosovo e Timor Leste, o então secretário-geral das Nações Unidas Kofi Annan¹⁷¹ afirmou: *A soberania estatal, no seu sentido mais comum, está sendo redefinida... Estados são agora entendidos em sentido amplo, para que sejam instrumentos a serviço de seus povos e não vice-versa.*

¹⁷⁰ IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. Tradução de João Vasconcelos. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 1

¹⁷¹ ANNAN, Kofi. **Kofi Annan discursa sobre temas sociais**. Disponível em: <http://www.propmark.com.br/publique/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?inford=46295&sid=64>. Acesso em: 25 jun. 2008.

¹⁶² RAWLS, John. **O direito dos povos**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 36-37.

Completo, dizendo:

O governo não pode se esconder atrás de suas fronteiras, têm de proteger seu povo e, se fracassarem, precisa deixar que outros países interfiram "A soberania vem com responsabilidade. Não podemos ficar sentados, pois alguns crimes são tão vergonhosos que trazem vergonha há todos nós. Temos de agir. A luta pelos direitos humanos e civis não se ganha facilmente, temos de saber que é algo que recomeça toda manhã.¹⁷²

E uma das questões centrais diz respeito à noção de Estado como ente estritamente racional no sistema internacional – o que implica também em considerá-lo o ator primário. Nesta visão, os Estados estão sempre preocupados com seu poder e com suas capacidades – militares, econômicas, diplomáticas, etc... – de influenciar os outros Estados, e são sempre guiados por estes interesses, esquecendo-se que o Estado deve existir para servir o cidadão.

Rawls¹⁷³ propõe que o sistema internacional seja pensado a partir dos *povos* - aos quais pode ser atribuído caráter moral, diferentemente dos Estados, no seu conceito tradicional. Em seu modelo normativo, insere-se outro elemento para dirigir as decisões dos atores internacionais primários: a razoabilidade. Este elemento deve ter um peso igual ou maior que a *razão de Estado*. Mas, quando o Estado é guiado exclusivamente pelos próprios motivos e ignora a reciprocidade nas relações com os outros Estados e com o cidadão internacional, então a racionalidade exclui o razoável, visto que a reciprocidade é pressuposto para justiça e paz no plano internacional.

A idéia de razoabilidade impõe a revisão do conceito de *jus ad bellum*, limitando-o estritamente a situações de *autodefesa*. Além da questão da soberania externa, deve também ser refletido sobre o plano interno. A autonomia exacerbada do governo para lidar com o próprio povo é um equívoco, e também deve ser restringida nos termos de um *direito dos povos razoável*.

O enfoque realista ignora a atuação da sociedade civil nas relações internacionais. O que torna possível a paz nas sociedades democráticas liberais é a natureza interna destas sociedades, nas quais a participação dos cidadãos é maior na ordem internacional. Rawls¹⁷⁴ propõe que o sistema internacional seja pensado a partir dos *povos* (aos quais pode ser atribuído caráter moral, diferentemente dos Estado, no seu conceito tradicional).

O problema da coercitividade do Direito Penal Internacional demanda cada vez mais discussão e torna-se central, segundo Hurrell:

¹⁷²ANNAN, op. cit.

¹⁷³RAWLS, op. cit., p. 33 e ss.

¹⁷⁴Idem, p. 38.

Na medida em que a ordem internacional se afasta dos tradicionais sistemas “soft” de cumprimento de normas, em direção tanto a medidas mais rigorosas de aplicação coercitiva, como em direção a uma contração do que se entende por soberania e não-intervenção e a uma diluição das noções tradicionais de consentimento.¹⁷⁵

No caso do Tribunal Penal Internacional, o respeito da sociedade civil, a credibilidade e confiança conquistados junto à opinião pública internacional têm extrema relevância para a eficácia das decisões e objetivos a serem alcançados pelo Tribunal.

Assim, o desenvolvimento de uma nova ordem jurídica internacional, a partir de normas de eficácia supranacional e derivadas de um Direito Internacional legítimo, bem como a forma de governo inserida em um contexto democrático de participação política, onde o último fim a ser atingido pela humanidade é o estabelecimento da paz através da razão.

Vale a convocação de Kant, que em seu *Opúsculo* apregoa que são condições para se instaurar a paz definitiva uma constituição republicana, um Direito Internacional baseado em uma Federação de Estados livres e um direito cosmopolita. Convoca os Estados a:

Sair do estado sem leis dos selvagens e ingressar numa liga de povos, onde cada Estado, inclusive o mais pequeno, poderia aguardar sua segurança e o seu direito, não do seu próprio poder ou da própria decisão jurídica, mas apenas dessa federação de nações, de uma potência unificada e da decisão segundo as leis da vontade unida.¹⁷⁶

A exemplo de como ocorreu com os indivíduos que, abandonando o estado de natureza ingressaram em uma constituição civil, o mesmo deve ser feito pelos Estados, os quais devem abandonar este estado de conflito permanente entre os seus direitos internos e ingressar numa ordem jurídica internacional. Deste modo, somente com a submissão dos Estados ao Direito das Gentes, será possível dar fim à insegurança e garantir ao cidadão internacional a eficácia de um direito verdadeiramente cosmopolita.

O fenômeno da globalização é caracterizado por um aumento significativo das relações entre os diversos países. Com o desenvolvimento tecnológico dos meios de comunicação e transportes, as distâncias geográficas deixaram de ser o maior óbice para a integração.

Por outro lado, a matriz teórica individualista e unilateral das relações internacionais parece sucumbir à crescente necessidade de (re)pensar a esfera das decisões políticas

¹⁷⁵ HURRELL, Andrew. **Sociedade internacional e governança global**. São Paulo: Lua Nova, n. 46, 1999. p. 70

¹⁷⁶ KANT, op. cit., p. 143.

mundiais. Afinal, acontecimentos locais são, muitas vezes, condicionados por eventos que acontecem a milhas de distância e vice-versa.

Boa parte da doutrina prefere responder a essas questões invocando conceitos clássicos da política, como a soberania estatal e a malfadada tese do Estado-Nação forte e integrador. A adoção dessa ideologia, sem dúvida contraproducente, não mais fornece uma base segura para garantir um padrão de vida aceitável para a população, visto o desnível entre o poder do Estado e a sobrepujança econômica dos “novos atores”.

O mesmo vale para os ordenamentos penais diante da internacionalização dos indivíduos. A ação conjunta dos Estados e o desapego à idéia de que a proteção do Direito interno em face do crescimento do Direito Internacional é sinônimo de soberania são circunstâncias que, ao invés de pôr em risco o poder estatal, são demonstrações que o Estado passou a ser exportador da sua ordem jurídica, na medida que há um entrelaçamento entre os ordenamentos jurídicos dos Estados.

Nas sociedades arcaicas, os grupos dominantes mantinham-se no poder através da distorção da linguagem, bloqueando informações às camadas hierarquicamente inferiores. Nesse diálogo marcado pela força, os menos favorecidos aceitavam o *status quo* como legítimo, porém, sem compreender o significado da exploração a que estão submetidos.

No mundo moderno, a ética do ser humano foi substituída pela independência das leis econômicas. Com isso, elementos como a “igualdade formal” e a “democracia do voto” servem como suportes para auferir legitimidade a um sistema ilegítimo, no qual o capital hegemônico se sobrepõe, impedindo um reconhecimento intersubjetivo de direitos e a comunicação ampla entre os cidadãos.

Nesse cenário, encontra-se o fenômeno da globalização. Esta, além de ser a intensificação de relações sociais mundiais que unem localidades distantes de tal modo que acontecimentos locais são condicionados por eventos que acontecem a muitas milhas de distância e vice-versa, é também *um vasto campo de conflitos entre grupos sociais, Estados, interesses hegemônicos e interesses subalternos*¹⁷⁷

Habermas¹⁷⁸ tem a consciência de que o capital financeiro não respeita a soberanias dos Estados, criando uma luta de ocupação de poder. A proposta de auto-regulação dos mercados, sem quaisquer limites, é uma verdadeira ameaça às gerações de direitos fundamentais conquistados historicamente. Partindo da experiência da criação da União

¹⁷⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A globalização e as ciências sociais**. 3 ed. São Paulo: Cortez, 2005. p. 27.

¹⁷⁸ HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 48; p. 123.

Européia, enfrenta a questão em poucas palavras, sustentando a tese de que a necessidade de políticas conjuntas entre os Estados, para manterem vivas suas economias num mercado global altamente competitivo, tornou possível os processos de integração que hoje se espalham pelo mundo.

A necessidade de políticas conjuntas entre os Estados, para manter vivas suas economias num mercado global altamente competitivo, tornou possível os processos de integração que hoje se espalham pelo mundo. Para que isso possa ser alcançado, é necessário uma consciência de cooperação e solidariedade, pela qual os homens universais possam se identificar reciprocamente como cidadãos. Há a necessidade de se tratar o ser humano como sujeito digno, através de acesso razoável aos poderes políticos e econômicos.

Do mesmo modo com que os direitos humanos e a democracia objetivam tornar possível uma forma mais concreta de integração social para além das fronteiras nacionais, a formação de uma vontade jurídica necessita de uma rede de interesses e necessidades que, ao que tudo indica, já existe. Não é incorreto pensar, portanto, que apesar do déficit penal na proteção dos Direitos Humanos, houve uma verdadeira vontade popular na criação do TPI.

Resultado de amplo processo de negociação entre Estados soberanos, o Estatuto de Roma consiste em um tratado internacional multilateral.¹⁷⁹ É um momento histórico para o Direito Internacional: a elaboração de um tratado multilateral, fruto de ampla negociação entre Estados soberanos, com o objetivo de promover a *formação de um organismo de jurisdição global e genuinamente independente e imparcial*.¹⁸⁰

A ausência, numa instância internacional, dos Estados Unidos e da China, tomados exemplificadamente, membros permanentes do Conselho de Segurança da ONU, ou de Estados que estão em conflitos externos com países vizinhos se deve a alguns fatores: aponta-se aqui uma das principais causas da recusa dos Estados Unidos, qual seja, a da competência reconhecida à Corte de exercer a sua jurisdição *no território de qualquer Estado Parte ou no território de qualquer outro Estado* (art. 4º, § 2º do Estatuto) *em cujo território tenha ocorrido a conduta em questão* (art. 12, § 3º, "a", do Estatuto). Sendo assim, qualquer soldado americano que cometa um crime de guerra no território de qualquer Estado Parte da Convenção poderá ser julgado pela Corte. Esta hipótese é, a princípio, inaceitável pelos

¹⁷⁹ GHIDALEVICH, Fabíola Girão Monteconrado. O Estatuto de Roma e a aparente violação à soberania dos Estados: a superação das divergências existentes da legislação brasileira. In: **Direito de família contemporâneo e novos direitos**: estudos em homenagem ao Professor José Russo. Florisbal de Souza Del'Olmo, Luíz Ivani de Amorim Araújo (coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 195-196.

¹⁸⁰ CUEVA, Eduardo. **Impunidad o justicia?** América Latina frente al reto de la corte penal internacional. Disponível em: <<http://www.derechos.org/nizkor/impu/tpi/eduardo.html>> . Acesso em: 06 out. 2007.

Estados Unidos, por entenderem que cidadão americano só pode ser julgado por tribunal americano.¹⁸¹

As preocupações da China, na realidade, são as mesmas dos Estados não alinhados, mas de natureza diferente. Em virtude da questão do Tibet, a China desejou excluir da competência da Corte os conflitos armados internos. Apesar de o Estatuto manter as garantias do Protocolo II, adicionais às Convenções de Genebra, no caso de conflito armado não-internacional, *não afeta a responsabilidade do governo de manter e restabelecer a lei e a ordem pública no Estado e de defender a unidade do Estado por qualquer meio legítimo* (art. 8º, § 3º), a China invocou o regime de competência da Corte (art. 12) e a faculdade do Procurador de instaurar, de ofício, uma investigação (art. 13, "c", c/c art. 15 do Estatuto) para votar contra o Estatuto.¹⁸²

Israel, após as operações de guerra subseqüentes no Afeganistão e Palestina, houve por bem não ratificar o Tratado. Considerando-se as posições desses três países, por conseguinte, dentre os sete que foram contrários à criação do Tribunal Penal Internacional, fica evidente que as decisões dessa Corte Internacional correm o risco da imposição – ou pelo menos, da tentativa – da justiça dos que se consideram dominantes. A posição dos Estados Unidos, China e Israel representa uma pressão, dada a importância desses países na ONU e a liderança regional que representam. Pela postura americana com relação ao Tribunal Penal Internacional e os episódios de 11 de setembro de 2001, então, devemos convir que se o julgamento dos acusados fosse realizado por uma Corte americana seria mais justo que o julgamento pelo Tribunal Penal Internacional – ou implica dizer, mais ‘severo’? Da mesma forma, os casos da China e de Israel, um Tribunal criado por esses países proferiria decisões mais justas e com mais eficácia que uma Corte Internacional de caráter permanente. Seria a representação, entretanto, da institucionalização da ‘justiça dos vencedores’, a consagração da lei do mais forte.

Há um componente, porém, que ao nosso sentir, justificaria a realização dos julgamentos no local das infrações. A legalidade das decisões, após cumpridos os trâmites processuais com a observação dos princípios norteadores do processo penal – exemplificativamente, princípio da legalidade, anterioridade, amplitude de defesa, contraditório – revestir-se-ia de maior legitimidade e, por conseqüência, maior eficácia, uma vez realizado o julgamento no país onde o(s) ilícito(s) penal(is) fosse(m) consumado(s), pois não podemos desconsiderar que o multiculturalismo está inserido na fonte consuetudinária do

¹⁸¹ GORAIEB, op. cit., p. 247.

¹⁸² Idem, p. 248.

direito. Esses aspectos deverão compor a Corte Internacional de caráter permanente em uma sociedade multicultural.

Multicultural é um termo qualitativo. Descreve as características sociais e os problemas de governabilidade apresentados por qualquer sociedade na qual diferentes comunidades culturais convivem e tentam construir uma vida em comum, ao mesmo tempo em que retêm algo de sua identidade "original". (...) 'Multicultural', entretanto, é, por definição, plural. Existem muitos tipos de sociedade multicultural, como por exemplo, os Estados Unidos da América, a Grã-Bretanha, a França, a Malásia, o Sri Lanka, a Nova Zelândia, a Indonésia, a África do Sul e a Nigéria. Estes são, de forma bastante distinta, "multiculturais". Todos possuem uma característica em comum, entretanto. São, por definição, culturalmente heterogêneos. Eles se distinguem neste sentido do Estado nação 'moderno', constitucional liberal do Ocidente, que se afirma sobre o pressuposto (geralmente tácito) da homogeneidade cultural organizada em torno de valores universais, seculares e individualistas liberais¹⁸³.

Talvez pudéssemos pensar que a multicultural é uma consequência da globalização. Devemos considerar, entretanto, que as multiculturas sempre existiram, sendo que a globalização ocasionou um entrelaçamento e um contato maior entre culturas, muitas vezes, gerando uma nova cultura mista, fenômeno que data desde o período colonial. A globalização evidenciou as multiculturas, colocou-as frente a frente, acirrou a disputa pela sobrevivência cultural.

Nos primórdios do dismantelamento dos antigos impérios, vários *novos* Estados nação, multiétnicos e multiculturais, foram criados. Esses continuam a refletir, entretanto, suas condições anteriores de existência sob o colonialismo. Os *novos* Estados são relativamente frágeis, do ponto de vista econômico e militar. Muitos não possuem uma sociedade civil desenvolvida. Permanecem dominados pelos imperativos dos primeiros movimentos nacionalistas de independência. Governam populações com uma variedade de tradições étnicas, culturais ou religiosas. As culturas nativas deslocadas, senão destruídas pelo colonialismo, não são inclusivas a ponto de fornecer a base para uma nova cultura nacional ou cívica. Somam-se a essas dificuldades a pobreza generalizada e o subdesenvolvimento, num contexto de desigualdade global que se aprofunda e de uma ordem mundial econômica neoliberal não regulamentada. Cada vez mais, as crises nessas sociedades assumem um caráter multicultural ou 'etnicizado'. Há uma íntima relação entre o ressurgimento da 'questão

¹⁸³ HALL, Stuart. **Da diáspora** identidades e mediações culturais. Belo Horizonte: UFMG/ Humanitas, 2003. p. 52.

multicultural' e o fenômeno do 'pós-colonial'. Este poderia nos fazer desviar por um labirinto conceitual do qual poucos viajantes retornam. Contentemo-nos, por enquanto, em afirmar que o "pós-colonial" *não* sinaliza uma simples sucessão cronológica do tipo antes/depois. O movimento que vai da colonização aos tempos pós-coloniais não implica que os problemas do colonialismo foram resolvidos ou sucedidos por uma época livre de conflitos. Ao contrário, o 'pós-colonial' marca a passagem de uma configuração ou conjuntura histórica de poder para outra. Problemas de dependência, subdesenvolvimento e marginalização, típicos do "alto" período colonial, persistem no pós-colonial. Essas relações, contudo, estão *resumidas* em uma nova configuração. No passado, eram articuladas como relações desiguais de poder e exploração entre as sociedades colonizadoras e as colonizadas. Atualmente, essas relações são deslocadas e reencenadas como lutas entre forças sociais nativas, como contradições internas e fontes de desestabilização *no interior* da sociedade descolonizada, ou entre ela e o sistema global como um todo. Pensemos em como a instabilidade do governo democrático, por exemplo, no Paquistão, Iraque, Indonésia, Nigéria ou Argélia, ou os contínuos problemas de legitimidade e estabilidade política no Afeganistão, Namíbia, Moçambique ou Angola têm origens claras em sua recente história imperial. Essa "dupla inscrição" pós-colonial ocorre em um contexto global onde a administração direta, o controle ou o protetorado de um poder imperial foi substituído por um sistema de poder assimétrico e globalizado, cujo caráter é pós-nacional e pós-imperial. Suas principais características são a desigualdade estrutural, dentro de um sistema desregulamentado de livre mercado e de livre fluxo de capital, dominado pelo Primeiro Mundo; e os programas de reajuste estrutural, nos quais prevalecem os interesses e modelos ocidentais de controle.¹⁸⁴

Pelo exposto, evidencia-se que a globalização, como já dito, sempre existiu. O que devemos admitir é que os seus efeitos - os mais diversos, dentre esses, o embate entre os aspectos multiculturais - emergiram, ou foram percebidos, somente quando o fenômeno da globalização mereceu uma atenção maior de parte dos estudiosos e pensadores. Até alguns anos atrás, por exemplo, era inimaginável que uma tomada de decisão de um Estado pudesse afetar, de imediato, outros Estados, mesmo os mais distantes, em especial, tendo conseqüências econômicas. A informação veiculada por meios instantâneos leva a essa aproximação maior entre os povos e, como nada no mundo terrestre é perfeito, há aspectos positivos e negativos desse episódio. O que poderíamos discutir é se os benefícios da

¹⁸⁴ Idem, p. 56-57.

globalização são extensivos a todos, ou seja, são globais, universais. Repisamos, não podemos nos inclinar pela idéia que a globalização é algo novo ou produto do período moderno.

É importante frisar que esse não é um simples ressurgimento de etnias arcaicas, embora tais elementos possam persistir. Traços mais antigos se combinam com novas e emergentes formas de 'etnicidade' que freqüentemente resultam da globalização desigual ou da modernização falha. Essa mistura explosiva revaloriza seletivamente os discursos mais antigos, condensando numa combinação letal aquilo que Hobsbawm e Ranger (1993) denominaram 'a invenção da tradição' e o que Michael Ignatieff (1994) chamou (depois de Freud) de 'narcisismo das pequenas diferenças'. O nacionalismo sérvio e a limpeza étnica na Bósnia e em Kosovo são exemplos claros disso. Sua reinvenção do passado-no-presente é remanescente do caráter de Janus do discurso nacionalista (Nairn, 1977). Esses movimentos de revivificação continuam profundamente vinculados à idéia da "nação" enquanto motor da modernização, que garante um lugar no novo sistema mundial, precisamente no momento em que a globalização conduz a um hesitante desfecho da fase do Estado-nação da modernidade capitalista.¹⁸⁵

Como o pós-colonial, a globalização contemporânea é uma novidade contraditória. Seus circuitos econômicos, financeiros e culturais são orientados para o Ocidente e dominados pelos Estados Unidos. Ideologicamente, é governada por um neoliberalismo global que rapidamente se torna o senso comum de nossa época (Fukuyama, 1989). Sua tendência cultural dominante é a homogeneização. Esta não é a sua única tendência entretanto. A globalização tem causado extensos efeitos *diferenciadores* no interior das sociedades ou entre as mesmas. Sob essa perspectiva, a globalização *não* é um processo natural e inevitável, cujos imperativos, como o destino, só podem ser obedecidos e jamais submetidos à resistência ou variação. Ao contrário, é um processo homogeneizante, nos próprios termos de Gramsci. É 'estruturado em dominância', mas não pode controlar ou saturar tudo dentro de sua órbita. De fato, entre seus efeitos inesperados estão as formações subalternas e as tendências emergentes que escapam a seu controle, mas que ela tenta "homogeneizar" ou atrelar a seus propósitos mais amplos. É um sistema de *con-formação da diferença*, em vez de um sinônimo conveniente de obliteração da diferença. Este argumento torna-se crucial se considerarmos como e onde as resistências e contra-estratégias podem se desenvolver com sucesso. Essa perspectiva implica um modelo de poder mais discursivo do

¹⁸⁵ Idem, p. 58.

que comumente se encontra no novo ambiente global entre os ‘arautos do hiper-global’ (Held *et al.*, 1999).¹⁸⁶

Assim, dentro desse contexto, as diferenças acentuam-se, ou melhor, sobressaem-se, proliferam-se, na medida que tais aspectos diferenciadores sempre existiram. A aproximação sistemática, no entanto, quase que diária, entre as diversas culturas existentes no planeta, faz com que os efeitos, a busca de preservação, ou mesmo, a intenção de prevalência de uma cultura sobre a outra, ocasionem a colisão e conflitos, gerando o enfrentamento, não apenas armados, mas também, institucionais.

Nesse ambiente, nasce o Tribunal Penal Internacional, com o desiderato de coibir a impunidade internacional, mormente nos crimes de sua competência. O desafio que advém, concomitantemente, ao nascimento do Tribunal, é a eficácia das suas decisões, na medida que há questões de cunho cultural¹⁸⁷, que a nosso juízo, precisam ser observadas, como requisito de legitimidade, que adicionada à legalidade do Tribunal, conceder-lhe-á a consciência global de respeitabilidade a um organismo internacional de proteção aos Direitos Humanos, permitindo que as diferenças étnicas e identitárias¹⁸⁸ co-existam.

Diante do contexto globalizado, há uma circunstância que se apresenta relevante para que o TPI cumpra seu desiderato, qual seja, os costumes. Se o costume não é lei para alguns, pode representar um elemento de desconfiança, uma espécie de termômetro da respeitabilidade cultural. Não nos olvidemos que o Tribunal está sediado em um país ocidental, cujos costumes diferem muito dos países orientais. Quer se dizer com isso que, no momento que uma decisão do Tribunal puder ser interpretada como uma disputa entre culturas, gerará o desconforto e a desconfiança, por mais legal que possa ser tal *decisum*.

O costume dá origem ao direito costumeiro, ou consuetudinário, consistindo direito não escrito, ilustrado por regra de conduta cumprida usual e constantemente, observada pelo meio social de maneira ininterrupta, por largo tempo, criando convicção jurídica de sua obrigatoriedade.

É em virtude da existência do ‘elemento intencional’ que os antigos ensinavam não haver norma jurídica consuetudinária sem *opinio juris sue necessitatis*^{189 190}. Não basta a repetição material do ato, porque é essencial que seja marcada pela *convicção da juridicidade*

¹⁸⁶ Idem, p. 59.

¹⁸⁷ Cultural: termo aqui utilizado em sentido amplo, ou seja, compreendendo aspectos de cunho religioso, político, econômico, social, as tradições e a cultura propriamente dita.

¹⁸⁸ OLIVEIRA, Roberto Cardoso. Os (des)caminhos da identidade. In: **Revista brasileira de ciências sociais**. São Paulo: [S.ed.], 2000.

¹⁸⁹ FELIPE, op. cit., p. 43.

¹⁹⁰ Expressão latina, cuja tradução para o vernáculo significa: opinião jurídica da sua necessidade; consciência jurídica da necessidade.

do comportamento. De maneira mais objetiva, poderíamos dizer que um costume adquire a qualidade de *costume jurídico* quando passa a se referir *intencionalmente* a valores do Direito, tanto para realizar um valor positivo considerado de interesse social, como para impedir a ocorrência de um valor negativo, de um desvalor.¹⁹¹

Os costumes, assim, constituem a fonte mais antiga do direito, da qual, salvo melhor juízo, na esfera internacional, é um ingrediente relevante. Sendo fonte do direito, não se pode desprezar a inspiração depois da ópera feita. Ainda mais se considerarmos o singelo fato de que as legislações, por mais céleres que sejam os poderes legislativos, não acompanham as transformações sociais com a rapidez que elas se operam. Não é necessário o exercício de grande percepção para verificarmos que muitas leis se encontram defasadas em relação às práticas sociais. Os costumes sociais que um dia as alicerçaram, hoje não mais dão suporte fático-valorativo a tais dispositivos legais, tal o nível de descompasso entre a lei escrita e as práticas sociais. A célebre operação matemática do direito, fato social + valor = norma jurídica, desenvolvida por Miguel Reale¹⁹² na sua teoria tridimensional do direito, ilustra bem a importância da escurteira relação que deve ter a norma jurídica com a realidade social. No nosso entendimento, dessa correspondência entre norma e fato social decorre a eficácia da lei e, por consequência, das decisões judiciais. É uma relação diretamente proporcional, ou seja, quanto mais a lei espelhar a realidade social, maior será a aceitação social acerca da sua eficácia. Não basta que a lei tenha vigência apenas, é necessário, sobretudo, que tenha eficácia, e esta virtude a norma jurídica só alcançará se provier da conscientização social da sua observância que, por sua vez, é atingida se a lei for retratar a fisionomia da sociedade, ou seja, o costume. A lei é a vontade do legislador. O costume é a fisionomia da sociedade. A legislação deve ter também a fisionomia social para alcançar o seu principal desiderato, o cumprimento.

Relativamente à participação dos costumes nos distintos campos do direito, frisamos:

O costume continua desempenhando função relevante na experiência jurídica de nossos dias, não sendo, porém, igual o seu papel em todas as disciplinas. Verificamos uma força maior do Direito costumeiro em certos ramos ou para a solução de determinados problemas, como é o caso do Direito Comercial e do Direito Internacional.¹⁹³

A esse propósito vale recordar o episódio verificado com uma das mais altas figuras de juristas de nossa época, Hans Kelsen. O mestre da *Teoria pura do Direito* fundara antes

¹⁹¹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 9 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 158.

¹⁹² REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 4 ed. ver. e aum. São Paulo: Saraiva, 1986.

¹⁹³ Idem, p. 159.

todo o sistema do Direito das Gentes – concebido, aliás, como ordenamento jurídico supremo – em critérios puramente racionais, à luz do pressuposto lógico de que *o pactuado deve ser mantido (pacta sunt servanda)*. A dolorosa experiência de guerras e revoluções, entretanto, convertendo os tratados em *trapos de papel*, levou Kelsen a retificar seu ponto de vista, apresentando os costumes internacionais como fundamento real do Direito Internacional. É somente no plano filosófico que o antigo professor de Viena, sempre fiel a doutrina de Kant, subordina toda a vigência do Direito a uma norma transcendental, consagradora do respeito ao avançado como condição lógica de possibilidade da experiência jurídica.¹⁹⁴

O costume no âmbito internacional, fonte mais tradicional do Direito Internacional, tem cedido lugar a uma codificação dos tratados internacionais por duas razões: a evolução dos sistemas regionais internacionais de Direitos Humanos e a globalização, que remove as fronteiras em favor das relações comerciais entre os países em todo o mundo.

Assim, por toda a relevância e importância dos costumes, não apenas como fonte do direito, mas também sob a forma de norma de conduta, visto que, exatamente por ser costume, cria no meio social a consciência do dever da sua observância, entendemos que o direito consuetudinário enfatiza a cultura de um grupo social. No momento que um determinado fato – a argumentação em um julgamento no Tribunal, por exemplo – representar ameaça a esses ritos culturais, pode representar um elemento de desconfiança social na jurisdição do TPI, podendo parecer a tentativa da imposição de uma cultura dominante sobre outra. A heterogeneidade cultural entre ocidente e oriente – por exemplo, a diversidade religiosa entre cristãos e muçulmanos – é um desafio à eficácia social do TPI, pois há a aplicação de uma norma jurídica no âmbito internacional. Mesmo sendo norma penal, a qual está alicerçada no primado da tipicidade absoluta, o que em um mundo multicultural representa a incessante busca da *paz perpétua* profetizada por Kant.

No capítulo derradeiro do nosso estudo, enfrentaremos questões como a não ratificação do Tratado de Roma pelos Estados, a prescritibilidade de direito interno e imprescritibilidade na esfera internacional, o direito de asilo e a aplicação da lei mais benéfica, o princípio da primazia, o princípio da complementaridade e a soberania são aspectos que nos inquietam com relação à eficácia jurídica do TPI.

¹⁹⁴ Idem, p. 160.

3 A EFICÁCIA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

3.1 A NÃO SUBSCRIÇÃO E/OU NÃO RATIFICAÇÃO DO TRATADO DE ROMA PELOS ESTADOS

Após a Segunda Guerra Mundial, iniciou-se o processo de internacionalização dos direitos humanos. Surgiram dois tipos de sistemas protetivos: o global (fomentado pela ONU) e os regionais (europeu e interamericano). Isto fez desabrochar uma nova forma de pensar o direito, através da qual a dignidade da pessoa humana se torna o objetivo de todo Estado Democrático de Direito, sendo indispensável que a Constituição dos Estados positivem os Direitos Humanos, forneçam formas de concretização e instrumentos de garantia. Os direitos fundamentais passaram a ser entendidos como materialização da dignidade do ser humano. O Estado de Direito não pode mais se preocupar com a mera positivação formal desses direitos, pois as ações estatais são legitimadas na medida em que cumprem uma função ativa na afirmação e efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

No caso brasileiro, por exemplo, expressamente reconhecidos na Constituição Federal, percebe-se, de imediato, que os direitos fundamentais positivados no Título II da Carta Magna de 1988 não formam um sistema fechado e autônomo.¹⁹⁵ Ao contrário, a Constituição possui abertura tanto para conteúdos "metanormativos" – valores, princípios, justiça material – quanto para outros estatutos jurídicos – ordem jurídica internacional.

O § 2º do art. 5º da Carta Política¹⁹⁶ confirma a existência de um sistema de direitos e princípios fundamentais aberto e flexível, *verbis*:

Art. 5º § 2º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.¹⁹⁷

O rol contido no Título II, conseqüentemente, é meramente exemplificativo. O dispositivo supracitado exhibe um sistema constitucional aberto de direitos fundamentais, que se correlaciona com outros dispositivos do próprio texto constitucional – direitos e garantias expressos – com princípios constitucionais implícitos – decorrentes do regime adotado pela

¹⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 84-87.

¹⁹⁶ O dispositivo constitucional supracitado resultou de proposta do, à época, Consultor Jurídico do Itamaraty Antônio Augusto Cançado Trindade. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional e direitos humanos**. 2 ed. v. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 512

¹⁹⁷ BRASIL. **Códigos Civil. Comercial. Processo Civil e Constituição Federal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 15.

Constituição e dos princípios constitucionais – e com tratados internacionais de Direitos Humanos. Esse sistema de direitos fundamentais apresenta uma importante "nota de fundamentalidade"¹⁹⁸, caracterizado por um duplo aspecto: um formal e outro material.

Dentro da perspectiva formal, possuem caráter supra legal, visto que estão no ápice do ordenamento jurídico, submetem-se a limites da reforma constitucional (art. 60, § 4º, IV, da CF, caracterizando-se como *cláusulas pétreas*) e são normas diretamente aplicáveis, vinculando entidades públicas e privadas (art. 5º, § 1º). Já sob a perspectiva material, implicam no fato de que a Constituição permite uma abertura do que se entende por direitos fundamentais através do art. 5º, § 2º – em outras palavras, há outros direitos decorrentes, outros implícitos e aqueles que são originários de tratados internacionais que, embora não façam parte do catálogo, são materialmente constitucionais, ou seja, são os tratados internacionais de Direitos Humanos.

A doutrina costuma apontar outros instrumentos que se tornaram sinônimos de tratados internacionais, como convenção, declaração, protocolo, carta, pacto, acordo, convênio, variando, no mais das vezes, a complexidade do tema e o número de partes. Adotamos aqui o vocábulo tratado internacional *lato sensu*, que engloba todos esses instrumentos internacionais, posto que possuem a mesma natureza. Adotamos o conceito de Valério de Oliveira Mazzuoli¹⁹⁹, segundo o qual *tratado internacional é um acordo formal de vontades concluído entre os sujeitos de direito internacional público, regido pelo direito das gentes e destinado a produzir, imprescindivelmente, efeitos jurídicos para as partes que aderiram*. A subscrição e posterior ratificação de um tratado internacional, por conseguinte, implica o reconhecimento e a internalização de uma ordem jurídica internacional pelo Direito interno, como já tivemos a oportunidade de verificar no capítulo anterior do nosso estudo.

O Estado contemporâneo evolui, assim, do Estado de Direito ao Estado Constitucional Democrático Humanitário. A Constituição, pois, é a Lei Fundamental de um Estado que estabelece poderes, mas que, ao mesmo tempo, os limita, visando ao fim maior estatal, que é a realização do bem comum através da implementação e manutenção de uma sociedade justa, digna e solidária – idéia ligada ao dever de efetivação dos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana. Sem um mecanismo de proteção contra os abusos, no entanto, a Constituição tende a tornar-se mero documento descritivo. Através dos princípios da supremacia constitucional e do poder coercitivo estatal, no âmbito interno, as normas podem ser garantidas e respeitadas. Toda a legislação infraconstitucional retira da

¹⁹⁸ SARLET, op. cit., p. 88.

¹⁹⁹ MAZZUOLI, op. cit., p. 48.

Constituição, portanto, o seu fundamento de validade. No capítulo anterior observamos que a vigência pressupõe mera publicação e *vacatio* da norma: uma norma infraconstitucional somente será válida se formal e materialmente constitucional. Não basta, todavia, obedecer ao procedimento e ao critério de competência, posto que toda a legislação infraconstitucional deve possuir um conteúdo adequado ao texto constitucional, em especial aos direitos fundamentais.

Vale lembrar que o art. 12 do Estatuto estabelece como condição prévia ao exercício da competência do TPI a necessidade de ser parte do Estatuto o Estado em cujo território, incluindo navios e aeronaves por ele matriculados, teve lugar a conduta – art. 12, 2, b – ou o Estado a quem pertence o acusado do crime. Além disso, um Estado não Parte pode, mediante declaração, aceitar a jurisdição do Tribunal para casos específicos – art. 12, 3.

É princípio corrente em direito, que os contratos vinculam apenas os contratantes. O *pacta sunt servanda* é princípio vigorante para os seus subscritores. Seria ilógico exigir-se que um Estado cumprisse, ou se submetesse, às regras de um pacto o qual não firmou, não aderiu. Tal procedimento é totalmente contrário aos mais ínfimos princípios de direito, visto que a segurança jurídica dos tratados – tanto públicos quanto privados – estaria, modo inapelável, abalada substancialmente. Transportando essa premissa para o âmbito do Direito Internacional, temos que os tratados obrigam apenas seus subscritores. Além da subscrição dos tratados, o Direito interno dos Estados – caso do Brasil, exemplificativamente – exige também a ratificação, que representa a incorporação do acordo internacional na ordem jurídica interna. No tocante ao Tribunal Penal Internacional, cuja criação assenta-se em um tratado internacional – o Tratado de Roma – verificou-se que Estados Partes, inicialmente, subscreveram-no, porém, em momento seguinte, não o ratificaram. Tal procedimento, não obstante seja legal e legítimo tanto no âmbito do Direito interno quanto do direito internacional, representa um enfraquecimento do direito dos tratados, diante da complexidade em face dos múltiplos interesses dos Estados envolvidos.

Luigi Ferrajoli adverte para o risco de fracassar a instituição do Tribunal Penal Internacional:

Desde esta perspectiva, el acontecimiento más importante sin duda ha sido la entrada en funcionamiento del Tribunal Penal Internacional por crímenes contra la humanidad, aun cuando todavía no haya dado muchas señales de vida, por lo que corre el peligro de fracasar, además por la falta de aceptación de algunas de

las máximas potencias, como es el caso de los Estados Unidos, Rusia, China e Israel.

200

A ausência, numa instância internacional, dos Estados Unidos e da China, membros permanentes do Conselho de Segurança da ONU, ou de Estados que estão em conflitos externos com países vizinhos se deve fatores específicos: aponta-se aqui uma das principais causas da recusa dos Estados Unidos, qual seja, a da competência reconhecida à Corte de exercer a sua jurisdição *no território de qualquer Estado-Parte ou no território de qualquer outro Estado* (act. 4º, § 2º, do Estatuto) *em cujo território tenha ocorrido a conduta em questão* (art.12, § 3º, "a" do Estatuto). Sendo assim, qualquer soldado americano que cometa um crime de guerra no território de algum Estado Parte da Convenção poderá ser julgado pela Corte. Esta hipótese é, em princípio, inaceitável pelos Estados Unidos, que entendem que cidadão americano só pode ser julgado por tribunal americano.²⁰¹

As preocupações da China, na realidade, são as mesmas dos Estados não alinhados, porém de natureza diferente. Em virtude da questão do Tibet, a China desejou excluir da competência da Corte os conflitos armados internos. Apesar de o Estatuto manter as garantias do Protocolo II, adicionais às Convenções de Genebra, no caso de conflito armado não-internacional, *não afeta a responsabilidade do governo de manter e restabelecer a lei e a ordem pública no Estado e de defender a unidade do Estado por qualquer meio legítimo* (art. 8º, § 3º). A China, pois, invocou o regime de competência da Corte (art. 12) e a faculdade do Procurador de instaurar, de ofício, uma investigação (art. 13, "c", c/c art. 15 do Estatuto) para votar contra o Estatuto.²⁰²

Se considerarmos as posições desses dois países, por conseguinte, dos sete que foram contrários à criação do Tribunal Penal Internacional, fica evidente que as decisões dessa Corte Internacional são ineficazes com relação aos Estados não subscritores, ou não ratificadores da adesão inicial ao Tratado de Roma. A posição dos Estados Unidos e China, ao nosso sentir, consiste uma forma de pressão, dada a importância desses países na ONU e a liderança regional que representam. Pela postura americana com relação ao Tribunal Penal Internacional e os episódios de 11 de setembro de 2001, então, devemos convir que se o julgamento dos acusados fosse realizado por uma Corte americana seria mais justo – implica dizer, mais ‘severo’? – que o julgamento pelo Tribunal Penal Internacional. Da mesma forma, os casos dos Estados não subscritores e/ou não ratificadores do Tratado, leva-nos à conclusão

²⁰⁰ FERRAJOLI, op. cit., p. 44.

²⁰¹ GORAIEB, op. cit., p. 247.

²⁰² Idem, p. 248.

que um Tribunal criado por esses Estados proferiria decisões mais justas e com mais eficácia que uma Corte Internacional de caráter permanente. Seria, entretanto, a representação da institucionalização da “justiça dos vencedores”, a consagração da lei do mais forte.

Assim sendo, há o risco da imposição de um modelo de justiça que atenda os anseios de um determinado Estado ou de uma determinada classe que se considera dominante. Pelo menos devemos reconhecer que há uma tentativa nesse sentido através de um proceder negativo, abstendo-se de subscrever um tratado internacional.

De outra parte, através de uma ação positiva, porém, os Estados Unidos formalizam acordos bilaterais de imunidade, ajudas adicionais e favorecimentos comerciais a outros países que foram utilizados na estratégia de Washington para prevenir que cidadãos, diplomatas e militares norte-americanos sejam, possivelmente, levados a julgamento no TPI.²⁰³

Kai Ambos²⁰⁴ entende que o apoio dos Estados Unidos à Corte é importante, mas que o significativo número de Estados membros ao Tratado de Roma sinaliza que uma organização internacional também pode existir sem o país e outras potências, como China, Índia e Rússia. E, conclui afirmando que: *além disso, a baixa popularidade do presidente George W. Bush no mundo resultou no apoio de outros países ao TPI como um tipo de contra-ataque.*

Silvia Steiner, por seu lado, entende que o TPI enfrenta outras dificuldades, que têm a ver com o tempo de existência da Corte. Somente em 2002, quando 60 países retificaram o Tratado de Roma, é que o Tribunal pode entrar em vigor. Assevera, *verbis*:

O TPI é quase um recém-nascido que está dando os seus primeiros passos. Os juízes são novos. Eles têm que interpretar o Estatuto de Roma e tentar superar algumas inconsistências e lacunas processuais, como no caso de proteção das testemunhas e participação das vítimas no processo.²⁰⁵

A preocupação com a efetivação do TPI não se restringe a governantes e juristas. Defensores dos Direitos Humanos aliam-se nessa empreitada. A Coalizão para a Corte Penal Internacional – CCPI – um grupo formado por mais de 2.500 organizações não-governamentais afiliadas e que faz campanha em apoio ao TPI, está empenhada em conseguir mais países signatários para o Tratado de Roma. A Anistia Internacional, que faz parte da

²⁰³ DEZ anos após criação, TPI ainda não julgou ninguém. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/mundo/interna/0,OI3011437-EI294,00.html>>. Acesso em: 19 jul. 2008.

²⁰⁴ AMBOS, Kai. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/mundo/interna/0,OI3011437-EI294,00.html>> Acesso em: 19 jul. 2008.

²⁰⁵ STEINER, Sílvia. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/mundo/interna/0,OI3011437-EI294,00.html>> Acesso em: 19 jul. 2008.

CCPI, acentuou através de seu porta-voz e chefe da seção para assuntos políticos, Lars van Troost, que:

O que vai garantir a eficiência da Corte Penal Internacional é a cooperação dos Estados membros. A Coalizão vai continuar fazendo pressão para que os Estados implementem o Tratado de Roma dentro de seus sistemas legais e tomem iniciativas como prender e transferir os suspeitos para a tutela da Corte.²⁰⁶

Luciano Feldens entende que avaliar a eficácia do TPI apenas pela sua capacidade de julgar e condenar ou inocentar seus réus é uma visão que não representa o avanço trazido por ele para o Direito Internacional. E disse: *julgar um crime internacional não é como julgar alguém por um assalto a banco*. E, referindo-se às questões multiculturais no mundo, as quais salientamos no capítulo anterior, asseverou: *não vamos esquecer que o TPI é um tribunal plural, que coloca em pauta diferenças culturais, regionais e econômicas dos países. Isso quer dizer que o TPI não é um tribunal para se fazer justiça rápida*.²⁰⁷

Feldens também chamou a atenção para o caráter preventivo do órgão.

Não estamos falando apenas de capacidade de repressão, de castigo, mas também de atuação no aspecto político e preventivo de ações dessa natureza, disse, referindo-se aos crimes julgados pelo TPI. Hoje, um ditador sabe que ele não está imune dos crimes que cometeu ou que venha a cometer, mesmo que o seu Estado não queira ou não tenha capacidade de julgá-lo.²⁰⁸

Por isso, segundo Feldens, o TPI deve ser considerado um avanço para a comunidade internacional, ainda mais por ter um caráter permanente. *O TPI não é um tribunal pensado para fazer a justiça dos vitoriosos, como o que foi feito após a Segunda Guerra Mundial. Esse é o avanço político do TPI*. Reconhece, no entanto, que o órgão seria mais eficaz se contasse com o apoio das grandes potências, como os EUA:

Claro que seria melhor se os EUA tivessem ratificado o Estatuto. Mas se por um lado o TPI não conta com adesão dos EUA, por outro, o país comandando por George W. Bush ficou fora da criação do que chamamos de 'patrimônio ocidental', um conceito que envolve liberdade, Estado laico e respeito aos direitos humanos, analisou. Disse mais: não há exemplo maior de violação dos direitos humanos do que a prisão de Guantánamo.²⁰⁹

²⁰⁶ TROOST, Lars van. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/mundo/interna/0,OI3011437-EI294,00.html>> Acesso em: 19 jul. 2008.

²⁰⁷ FELDENS, Luciano. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/mundo/interna/0,OI3011437-EI294,00.html>> Acesso em: 19 jul. 2008. [Luciano Feldens é Procurador da República].

²⁰⁸ Idem, ibidem.

²⁰⁹ Idem, ibidem.

Alexandre Lima Wunderlich²¹⁰, concorda com a posição de Feldens e entende que o Tribunal julga processos complexos que envolvem pessoas que têm foro privilegiado: *æ compararmos o TPI com o Brasil, por exemplo, o nosso Supremo Tribunal Federal nunca condenou alguém que tenha foro privilegiado*. Por isso, segundo Wunderlich, os casos abertos no TPI são tão difíceis e demorados. *Não é possível condenar alguém sem um devido processo*. Ou seja, o Tribunal tem de garantir aos acusados ampla possibilidade de defesa. E concluindo:

Há uma presunção de inocência expressa no Estatuto de Roma. O réu pode confessar, mas também pode negar a acusação. Um tribunal tem que garantir ampla possibilidade de defesa ao acusado baseado nos princípios básicos dos direitos humanos. Isso significa uma tendência à universalização do Direito, uma tendência "à memória e à verdade". No entanto, um processo justo demanda tempo, pois é necessário "reconstruir uma história".²¹¹

O Estatuto de Roma completou dez anos no dia 17 de julho de 2008. Apesar de ser considerado um grande avanço do Direito Internacional, o Tratado que deu origem ao Tribunal Penal Internacional ainda não condenou ninguém. Desde 2002 – data em que o TPI começou a atuar – abertos quatro casos e doze pessoas foram acusadas de cometer crimes definidos no Estatuto.²¹²

O primeiro caso²¹³ que seria julgado – contra o chefe de milícia Thomas Lubanga Adyilo, da República Democrática do Congo – foi suspenso antes mesmo de seu início, em junho de 2008, depois que juízes entenderam que ele não teria um julgamento justo. O avanço do caso depende agora de decisões sobre apelos feitos pela promotoria. Em janeiro de 2006, o TPI emitiu ordem de prisão contra Thomas Lubanga Adyilo, ex-líder da milícia Forças Patrióticas de Libertação do Congo (FLPC), braço militar da União dos Patriotas Congolezes (UPC). No comando da FLPC, Adyilo, segundo o TPI, ordenou massacres e recrutou crianças com menos de 15 anos para lutar nos conflitos étnicos na região de Ituri entre 2002 e 2003. O Congo também entregou ao TPI os milicianos Germain Katanga, Mathieu Ngudjolo Chui e Bosco Ntaganda.

O caso mais recente é o do presidente do Sudão, Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, que teve o pedido de prisão emitido em julho de 2008, pelo promotor-chefe do Tribunal, Luis

²¹⁰WUNDERLICH, Alexandre Lima. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/mundo/interna/0,OI3011437-EI294,00.html>> Acesso em: 19 jul. 2008. [Alexandre Lima Wunderlich é professor e coordenador do Departamento de Direito Penal da Faculdade de Direito da PUCRS].

²¹¹ Idem, ibidem.

²¹²Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/mundo/interna/0,OI3011437-EI294,00.html>>. Acesso em: 19 jul. 2008.

²¹³ Idem, ibidem.

Moreno-Ocampo, por crimes cometidos em Darfur. Antes do presidente Omar Al-Bashir, o TPI pediu a prisão do ministro Muhammad Harun – conhecido como Ahmad Harun – e do ex-chefe da milícia Janjaweed, Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman – conhecido como Ali Kushayb. Ambos estão envolvidos em crimes contra civis durante o conflito de Darfur, pois Omar Al-Bashir utiliza-se do Exército nacional e de milícias armadas, chamadas *janja-weeds*, para atacar três grupos étnicos do país. Esses povos foram removidos de sua própria terra e enviados para o deserto, onde estão abrigados em campos de refugiados. Segundo o promotor-chefe, Luis Moreno-Ocampo:

De acordo com as nossas investigações, esses grupos étnicos continuam sendo atacados mesmo dentro dos acampamentos. As forças de Al-Bashir se servem de três armas contra os 2,5 milhões de refugiados: estupro, fome e medo. Eles são confinados em locais onde não há água nem comida, e as milícias impedem que grupos humanitários da ONU lhes forneçam alimentos. Estima-se que 300.000 pessoas já tenham morrido. Estamos acusando Al-Bashir de ser o responsável por crimes contra a humanidade, crimes de guerra e genocídio.²¹⁴

Gize-se, o Sudão não subscreveu o Tratado de Roma e, por conseguinte, não reconhece o TPI. Ademais, não obstante a gravidade dos fatos investigados, o governo sudanês considera o promotor Luis Moreno-Ocampo *um criminoso*²¹⁵. Diante disso, seu governo se recusou a entregar os dois suspeitos ao Tribunal.

Ao ser indagado acerca de como agir para prender o presidente AL-Bashir, tendo em vista que o Tribunal já havia emitido mandado de prisão para Ahmed Haroun, ex-ministro do interior do Sudão e coordenador dos ataques, mas até hoje não conseguiu lhe tirar do país, Luis Moreno-Ocampo respondeu:

Casos os juízes do Tribunal confirmem as acusações contra Al-Bashir, vamos pedir ao governo do Sudão que execute a prisão do presidente. Se o governo do país se negar a entregá-lo, o Conselho de Segurança das Nações Unidas, que determinou a investigação feita pelo TPI, terá de instrumentar as medidas diplomáticas correspondentes para obrigá-lo a agir. *Por ser nosso primeiro caso com um genocídio ainda em curso, teremos uma tarefa inédita: definir a forma como a comunidade internacional vai combater a prática do genocídio.*²¹⁶

Há outros casos abertos pelo órgão:

República Centro-Africana: Em janeiro de 2005, o TPI recebeu do governo desse país uma carta relatando os crimes cometidos no mesmo pelo político congolês Jean-Pierre

²¹⁴ MORENO-OCAMPO, Luís. A lição da Justiça. In: **Revista Veja**. São Paulo: Globo. n. 29. p. 11-15. jul. 2008.

²¹⁵ Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/mundo/interna/0,,OI3016605-EI294,00.html>>. Acesso em: 19 jul. 2008.

²¹⁶ MORENO-OCAMPO, op. cit.

Bemba, do partido Movimento de Liberação do Congo (MLC). Bemba é acusado de ser o responsável por milhares de mortes, estupros e torturas durante uma intervenção armada na República Centro Africana entre 2002 e 2003. Em maio deste ano, a corte do Tribunal emitiu uma ordem de prisão contra Jean-Pierre Bemba. Ele foi preso no dia 24 do mesmo mês em Bruxelas, na Bélgica, e compareceu no TPI pela primeira vez no dia 4 de julho. Na oportunidade, seu advogado reclamou das condições de prisão e da transferência do seu cliente.

Uganda: Em outubro de 2005, o TPI pediu a prisão de Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo e Dominic Ongwen, respectivamente líder e comandantes da milícia teocrática Exército de Resistência do Senhor (LRA), sob as acusações de atacar e pilhar comunidades em Uganda e no sul do Sudão, matar sem razão milhares de homens, mulheres e crianças, destruir vilas e campos, dizimando famílias inteiras – inclusive por meio de incineração – além de recrutar crianças para lutar e abusar sexualmente de meninas. Kony é um dos dez criminosos mais procurados no mundo pela Interpol. O caso dele e dos demais ugandenses ainda está aberto no Tribunal.

O Tribunal conta apenas com o apoio informal das polícias de cada país. No caso da detenção de congolês Jean-Pierre Bemba, por exemplo, o TPI foi ajudado pelas autoridades belgas, que o prenderam nos arredores de Bruxelas e o levaram ao Tribunal. O fato de ser difícil levar alguém à Corte Criminal pode complicar o julgamento, tanto é que até agora – dez anos depois da criação do Estatuto de Roma – ninguém foi condenado. Há uma revisão do Estatuto prevista para 2010, mas o local e a data ainda não foram escolhidos.

Diante de todo o exposto, faz-se necessário e, por que não, imprescindível, a colaboração de todos os Estados Partes. Estes deverão cooperar plenamente com o Tribunal na investigação e no julgamento dos crimes de sua competência, bem como assegurar que o seu Direito interno preveja procedimentos aplicáveis a todas as formas de cooperação especificadas no Estatuto. Diríamos mais, inclusive aqueles Estados que não subscreveram e/ou não ratificaram o Tratado de Roma devem emprestar a sua parcela de colaboração, senão em face da assinatura, mas em virtude de que a cooperação não é submissão à jurisdição, é uma colaboração alicerçada na obrigação moral, ética e humanitária que os Estados têm para com os cidadãos e a proteção dos Direitos Humanos. Deve-se ter bem presente a distinção entre a submissão à jurisdição do TPI e a – não menos importante – cooperação. A adesão ao Tratado de Roma significa que o Estado Parte reconhece e acolhe a jurisdição do Tribunal. A cooperação com o TPI não representa submissão ao Estatuto, representa, tão só, colaboração.

Tal apoio é enfatizado nas palavras do Promotor Luís Moreno-Ocampo²¹⁷: *o TPI não precisa ter casos no mundo todo. Basta que, após a escolha de um caso, todos nos apoiem nas investigações.*

Prosseguindo-se na análise das questões que põem em risco a efetividade do Tribunal Penal Internacional, no item seguinte analisaremos o embate entre aspectos do Direito interno com o Tratado de Roma.

3.2 PRESCRITIBILIDADE DE DIREITO INTERNO, IMPRESCRITIBILIDADE NA ESFERA INTERNACIONAL, O DIREITO DE ASILO E A APLICAÇÃO DA LEI MAIS BENÉFICA

O termo prescrição, porquanto, vem do latim *praescriptione*. É a maneira pela qual se extingue a punibilidade do autor de um crime ou contravenção, por não haver o Estado exercido contra ele, no tempo legal, o seu direito de ação, ou por não ter efetivado a condenação que lhe impôs.²¹⁸

A punibilidade criminal é o exercício do poder-dever de punir e é privativo dos Estados. Tal objetivo, porém, pode ser obstaculizado pelas causas extintivas da punibilidade. Dentre essas causas, há uma decorrente dos efeitos do tempo em face da inércia estatal, a prescrição, que é a perda de um direito pelo decurso do tempo sem que ele seja exercido. A noção de prescrição compreende duas realidades.

Em primeiro lugar, impropriamente denominada de prescrição da ação penal, é a prescrição da pretensão punitiva, faz desaparecer o direito de ação, atingindo o direito de punir, que cessa com o decurso do tempo. O passar de um certo prazo depois da infração ter sido cometida, e antes da sentença transitar em julgado, constitui um obstáculo ao exercício da ação pública e ao julgamento. Regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada para o crime. É da própria natureza da prescrição que deve ela ser proporcional ao crime, de forma que os mais graves prescrevem em maior espaço de tempo e os menos graves em menor lapso temporal. O máximo da pena privativa de liberdade (reclusão ou detenção), observa-se o limite maior da pena abstratamente prevista na lei para a infração penal. A pena de multa, cominada alternativa ou cumulativamente, não interfere no cálculo da prescrição da pretensão punitiva. Caso a lei estabelecer somente a pena pecuniária, o prazo prescricional será de dois anos, à luz do art. 114 do CP.

²¹⁷ Idem, *ibidem*.

²¹⁸ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI**: o dicionário da língua portuguesa. 3 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 35.

A prescrição da ação penal (da pretensão punitiva) existe na maior parte dos sistemas jurídicos para as infrações pouco graves. Para as infrações graves, vários sistemas jurídicos não conhecem este obstáculo ao exercício da ação pública. É nomeadamente o caso dos sistemas de *common law*. As legislaturas dos sistemas de direito romano-germânico instituíram para este tipo de infrações, prescrições bem mais longas do que para as infrações benignas, ou então, excluíram mesmo toda a prescrição para este tipo de infrações.

Já dito, a prescrição da pretensão punitiva diz respeito à perda do poder-dever do Estado de punir o acusado em face de sua inércia e ineficiência dentro de determinado período. Dessa espécie de prescrição decorrem os seguintes efeitos: impedimento do início da ação penal, por meio de trancamento de inquérito policial, ou ainda, interrupção da persecução penal em trâmite; afastamento de todos os efeitos da condenação, principais ou secundários, penais ou extra-penais; ausência de condenação na folha de antecedentes, exceto quando o juiz criminal requisitar.

Não há momento específico para a declaração deste tipo prescricional, podendo ocorrer durante toda ação penal, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, à luz do artigo 61 do Código de Processo Penal. Transcorrido o período entre a consumação do delito até a sentença final sem efetivo exercício do poder-dever de punir do Estado constitui a prescrição da pretensão punitiva. É possível sua alegação em grau de Habeas Corpus, Apelação, Recurso em Sentido Estrito, Embargos de declaração, Embargos Infringentes, Revisão e Agravo em Execução. É irrenunciável e uma vez esgotada a sua jurisdição o Juiz não pode mais reconhecer. Uma vez ocorrida a prescrição, não cabe exame do mérito da questão posta em apreciação, impedindo a absolvição ou condenação do réu.

Em segundo lugar, a prescrição da condenação (ou das penas): o lapso temporal constitui um obstáculo à execução de uma condenação penal. Surge após a decisão definitiva, tanto para a acusação quanto para a defesa, e é a prescrição de pretensão executória. Prescrição da pretensão executória ocorre com o passamento em julgado da sentença condenatória quando o direito de punir do Estado se transforma em *jus executionis*. Pelo decurso do tempo o Estado perde este poder-dever, ou seja, o poder de executar a sanção penal imposta anteriormente. Gize-se, o dever de executar a sanção no prazo estabelecido é irrenunciável, mas pode não ser cumprida tal obrigação por parte do Estado.

A prescrição da pretensão executória, então, é a perda do direito de executar a sanção imposta, em face da letargia do Estado, dentro de um período determinado. Como já é conhecida a pena concreta aplicada ao acusado, será ela que servirá para regular o prazo prescricional, e não mais o máximo da pena abstratamente considerada. Ressalte-se que, esta

espécie de prescrição, apenas extingue a pena principal, mantendo-se todos os efeitos penais e extra penais da condenação.

A contagem do prazo prescricional da pretensão executória (ou da condenação) é determinada pelo art. 112, incisos I e II, do CP. O ponto inicial da prescrição da pretensão executória é idêntica á contagem do prazo na prescrição da pretensão punitiva, pois se faz pelo mesmo calendário. No entanto, conforme seja a forma dessa prescrição ela poderá ter pontos iniciais e finais diversos, e ficar ou não sujeita a determinadas causas de interrupção ou suspensão prescricional.

Inicia-se a contagem quando do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação: por exemplo, se o réu é condenado e transita em julgado a sentença para a acusação em uma data, porém o acusado só vem a ser intimado dessa decisão condenatória dois ou três meses depois e não apela. Não obstante a decisão condenatória só tenha se tornado definitiva nesta última data (com o trânsito em julgado para ambas as partes), a contagem do prazo prescricional é feita a partir daquele momento anterior em que a condenação transitara em julgado para acusação.

Nesta modalidade de prescrição, a condenação já se tornou definitiva para ambas as partes, ainda que um dos seus termos iniciais seja o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação; o outro, a revogação do sursis ou o livramento condicional; e, finalmente, o dia em que se interrompe a execução da pena. Na pena imposta não se desconsideram eventuais causas de agravamento ou de aumento eventualmente reconhecidas, salvo os casos do art. 70 e 71 do CP. Se houver substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, aquela é que comanda o lapso prescricional da pretensão executória.

No caso da evasão ou revogação do livramento condicional, a prescrição regula-se pelo tempo que ainda restar da pena. Inadmissível a aplicação do princípio da detração penal em termos de dedução do tempo da prisão provisória, incabível também no caso de concessão do perdão judicial.

Havendo reincidência, o prazo prescricional executório acresce-se em um terço. Este aumento pressupõe que a sentença condenatória tenha reconhecido a reincidência. O tipo da pena não influi no reconhecimento da reincidência.

Nos concursos de crime e no crime continuado a prescrição executória opera da mesma forma que na prescrição punitiva. Quanto à multa, o art. 51 do CP manda que o valor da pena de multa deve ser inscrito como dívida ativa em favor da Fazenda Pública, de modo que não existe mais prescrição da pretensão executória no tocante a multa.

À prescrição executória também se aplica o disposto quanto à menoridade relativa e a maioridade senil, reduzindo-se o prazo pela metade. Sendo circunstância de caráter pessoal é incomunicável no caso de concurso de agentes.

Se houver revogação do livramento condicional ou sursis, a prescrição começa a fluir da data em que passa em julgado a sentença que revoga o sursis (art. 81 do CP; art. 162 da LEP) ou o livramento condicional (art. 86 e 87 do CP; art. 140 da LEP) e, enquanto não for executada a sentença que os revogou, estará em andamento a prescrição da pretensão executória (ou da condenação).

Ainda, havendo interrupção da execução da pena em virtude da fuga do condenado, a prescrição será contada a partir da data da evasão, regulando-se a prescrição pelo tempo restante da pena.

A prescrição da pena de multa ocorrerá em dois anos quando a multa for a única cominada ou aplicada. Prescreverá, no entanto, no mesmo prazo estabelecido para a pena privativa de liberdade, caso da multa ser alternativamente ou cumulativamente cominada ou cumulativamente aplicada.

Consoante o art. 109, parágrafo único, do CP, as penas restritivas de direito são prescritíveis nos mesmos prazos estipulados para as privativas de liberdade.

A prescrição das penas (da pretensão executória) não é tão largamente aceita pelos diferentes direitos. Os direitos de *common law* ignoram-na e os outros direitos limitam-na severamente. Os prazos são geralmente muito longos para as infrações mais graves. A prescrição da pena não chega habitualmente a aplicar-se em certas infrações ou em relação a delinquentes considerados perigosos ou reincidentes.

O artigo 107, inciso IV do Código Penal brasileiro elenca, por conseguinte, essas duas espécies básicas de prescrição: a prescrição da pretensão de punir (art. 109, CP) e a prescrição da pretensão de executar a pena (art. 110, caput, CP), que podem ocorrer em quatro variações:

- a) A prescrição da pretensão punitiva propriamente dita (art. 109, CP);
- b) A prescrição subsequente/superveniente/intertemporal à sentença condenatória art. 110, §1º combinado com art. 109, CP) antes do passamento em julgado da sentença final;
- c) A prescrição retroativa (art. 110, § 1º e 2º c/c art. 109 CP);
- d) A prescrição da pretensão executória da pena (art. 110, *caput*, CP) com trânsito em julgado da sentença final condenatória.

O Direito Internacional, geralmente, não reconhece a prescrição. No que se refere aos genocídios, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e crimes de agressão, a imprescritibilidade foi afirmada pelo Tratado de Roma.

Ao direito material cabem as normas que legitimam o Estado a exercer o *jus puniendi*, dando origem à pretensão punitiva *in concreto*. Quanto às normas processuais, possuem a capacidade de regular o início, o meio e o fim do processo, apontando as maneiras com que os órgãos estatais e os particulares podem exercer seus direitos em relação ao conteúdo material do processo.

A natureza jurídica da prescrição é alvo de controvérsia e é questão altamente relevante. Busca-se saber se as normas que regulam a prescrição são de direito material ou de direito processual. O fato de estarem elas situadas no Código Penal e não no Código de Processo Penal não serve de indicativo para a solução da controvérsia. Se entendermos que as normas regulamentadoras da prescrição são de natureza processual, a lei nova que amplia o prazo prescricional teria aplicação imediata (art. 2º, CPP). De outra parte, defrontar-nos-íamos com outro obstáculo, visto que a lei nova não pode ser aplicada para agravar a situação do acusado, em face do princípio da reserva legal inserida no art. 1º, do Código Penal. A ampliação do prazo prescricional, sem dúvida, é uma circunstância de agravamento.

Dominante é a teoria mista, a qual admite, a um só tempo, o caráter material e processual. A prescrição representa, de uma parte, ao falecimento do interesse na perseguição e no castigo, porque, com o decurso do tempo, desaparecem as razões que justificam a pena. De outra parte, a prescrição constitui impedimento processual. Inegável, todavia, que o aspecto processual da prescrição é o mais explícito, sobretudo quando se trata da prescrição da pretensão punitiva. Assim sendo, a prescrição constitui um pressuposto negativo, implicando na suspensão do processo sem decisão de mérito. Verificada a prescrição antes da sentença, não se julga a ação improcedente, devendo o juiz declarar extinta a punibilidade e por fim ao processo.²¹⁹

Por outro lado, há situações em que o instituto da prescrição não deve prevalecer. São os denominados delitos imprescritíveis, que, em face da gravidade dos mesmos, não serão esquecidos pela sociedade.

Sendo a prescritibilidade²²⁰ a regra, verificamos que o ordenamento penal pátrio excetuou dois crimes em que as pretensões punitiva e executória não serão atingidas pela

²¹⁹ FRAGOSO, op. cit., p. 414.

²²⁰ A respeito do tema ver: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. vol. 2. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

prescrição: a prática do racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, ambos descritos na Constituição Federal, art. 5º, incisos XLII e XLIV, respectivamente:

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito á pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados;²²¹

A prescrição refere-se à perda de direito exclusivo do Estado, uma vez que este é o único detentor do *jus puniendi*. O direito de punir do Estado é, portanto, indelegável, exclusivo e soberano. A incidência da prescritibilidade prejudica o Estado no exercício desse direito. De outra parte a prescrição atribui um direito personalíssimo ao acusado, que é a extinção da punibilidade, o que significa afirmar, o indivíduo que cometeu um delito e sobre este fato operou a prescrição, não mais poderá ser molestado por tal prática delitiva.

Magalhães Noronha adverte:

Com efeito, não se pode admitir que alguém fique eternamente sob ameaça da ação penal, ou sujeito indefinidamente aos seus efeitos, antes de ser proferida sentença, ou, reconhecida sua culpa (em sentido amplo). Seria o vexame sem fim, a situação interminável de suspeita contra o imputado, acarretando-lhe males e prejuízos, quando, entretanto, a Justiça ainda não se pronunciou em definitivo, acrescentando-se, como já se falou, que o pronunciamento tardio longe estará, em regra de corresponder á verdade do fato e ao ideal de justiça.

Em se tratando de condenação, força é convir que o longo lapso de tempo, decorrido após a sentença transitada em julgado, sem que o réu haja praticado outro delito, está a indicar que por si mesmo ele foi capaz de alcançar o fim que a pena tem em vista, que é o de sua readaptação ou reajustamento.

E quando assim não fosse, é indisfarçável que, ao menos aparentemente – e, portanto, com reflexos sociais nocivos -, a pena tão tradiamente aplicada surgiria *sem finalidade*, e antes como vingança.²²²

Aníbal Bruno assim assevera, quanto ao passar do tempo e suas conseqüências:

Apagam-se os seus sinais físicos e as suas circunstâncias na memória dos homens, escasseiam e se tornam incertas as provas materiais e os testemunhos, e assim crescem os riscos de que o juízo que se venha a emitir sobre ele se extravie, com grave perigo para a segurança do Direito.²²³

Os prazos prescricionais²²⁴ são taxativos e obedecem a uma escala imodificável regulada pela quantidade máxima da pena em abstrato para cada crime. O prazo é computado

²²¹ BRASIL, op. cit.

²²² NORONHA, op. cit., 412.

²²³ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. Tomo III, p. 211.

²²⁴ Ver CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. vol. I e II. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

incluindo-se o dia do começo (art. 10 do CP) – diferentemente dos prazos cíveis – mesmo que fração do dia. A hora do crime é indiferente, mesmo que o fato tenha sido praticado minutos antes da meia-noite de determinado dia, esse dia será o início do curso prescricional.

Registre-se, se fosse considerada a prescrição um instituto de natureza processual, a contagem deveria ser feita de acordo com o Código de Processo Penal, (art. 798, § 1º, do CPP) sem incluir o dia do começo, o que representa um gravame para a situação do acusado.

No Juízo Singular, quanto aos crimes de sua competência, a prescrição punitiva pode ocorrer entre a data da consumação do crime e a data do recebimento da denúncia ou queixa. Pode-se constatar também entre a data do recebimento da denúncia ou queixa e a da publicação da sentença final. Nestas condições, ocorrendo a prescrição não há julgamento de mérito.

Quanto aos crimes de competência do Tribunal do Júri, os prazos prescricionais computam-se entre a data do fato e do recebimento da denúncia; entre a data do recebimento da denúncia e a da publicação da pronúncia; a data da pronúncia e sua confirmação; e entre a data da pronúncia ou sua confirmação e a sentença final.

Quando ocorre desclassificação, o prazo final será regulado pela pena máxima cominada à infração para a qual foi desclassificada. Ocorrendo a prescrição o Juiz poderá – e deverá – declará-la *ex officio*.

Em conformidade com o artigo 111 do CP, o termo inicial está no dia em que o crime se efetivou, tratando-se de crimes materiais comissivos e omissivos, crimes preterdolosos e crimes de resultado. Nos crimes permanentes, da data da cessação do comportamento delituoso. Nos crimes de mera conduta, inicia-se na data do comportamento. No crime habitual, da data do último ato delituoso. No continuado, da data da realização de cada crime, considerado individualmente; e no crime condicionado, da data em que se verificar a condição. Tratando-se de tentativa, do dia em que cessou o comportamento delituoso, do último ato executório.

As causas de aumento ou de diminuição, e as qualificadoras interferem na pena em abstrato. Havendo causas de diminuição da pena considera-se a que menos diminui. Incidindo causa de aumento de pena de quantidade variável considera-se a que mais agrava. Nos casos de tentativa a pena será reduzida em um terço. Exceção se faz nos casos de concurso formal e do crime continuado (art. 70 e 71, CP), no sentido de não tornar mais gravosa a sanção do que a estabelecida no concurso material.

Existindo circunstâncias legais genéricas, sejam agravantes ou atenuantes (art. 61 e 62; art. 65, CP) não influem na fixação do prazo prescricional. Excetua-se o menor de 21 anos de idade ao tempo do crime e o maior de setenta anos na data da sentença, casos em que o prazo prescricional reduz-se pela metade (art. 115, CP).

Pelo disposto no artigo 119 do Código Penal, tratando-se de concurso material (art. 69, CP), concurso formal (art. 70, CP) e crime continuado (art. 71, CP) cada delito tem seu prazo prescricional próprio, não se relacionando entre si.

O art. 116 do CP trata das causas impeditivas da prescrição, também denominadas causas suspensivas. O prazo prescricional²²⁵ não tem curso durante certo período até que cesse a causa que deu origem à suspensão da contagem, recomeçando a correr quando do seu término, isto é, aproveitando-se o prazo já decorrido anteriormente.

Assim, são causas impeditivas anteriores ao trânsito em julgado da sentença final: as questões prejudiciais – arts. 92 a 94 do CPP – se a decisão sobre a existência da infração depender de solução de controvérsia, que o Juiz repute séria e fundada, provocam a suspensão (art. 116, I, do CP). O cumprimento da pena pelo agente no estrangeiro suspende o prazo prescricional por não caber extradição (art. 116, II, do CP). Não obstante o art. 116, do Código Penal ser taxativo, a Constituição Federal de 1988 contempla a suspensão do prazo prescricional no art. 53, § 5º. O CPP prevê no § 2º, art. 366, a suspensão do prazo prescricional quando o réu for citado por edital e não comparecer e nem constituir advogado.

O parágrafo único do art. 116 prevê uma causa impeditiva posterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Não ocorre a prescrição da pretensão executória (da condenação) durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo que não o de sua condenação, por exemplo, preso preventivamente em outro processo penal.

Já na interrupção, o prazo pára temporariamente o seu curso até a cessação da causa que lhe deu origem (art. 117, CP), voltando a correr do início, ou seja, sem aproveitamento do já decorrido anteriormente, inutilizando a prescrição anteriormente iniciada. São causas da interrupção:

- a) O recebimento da denúncia ou queixa (art. 117, I, CP);
- b) A pronúncia (art. 117, II e III, CP), prevalecendo a data da publicação desta;
- c) A desclassificação para outro crime de competência do Júri (art. 408, § 4º);
- d) A sentença condenatória recorrível (art. 117, IV, CP), ainda que parcialmente reformada pelo tribunal;

²²⁵ FRAGOSO, op. cit., p. 422-424.

e) Os embargos infringentes também interrompem o prazo prescricional quando interpostos contra acórdão absolutório.²²⁶

O inciso V, do art. 117, do CP, não está citado acima. O § 2º do art. 117, do CP, estabelece essa exceção. Trata-se aqui da prescrição da pretensão executória. Se o condenado vem a evadir-se, sendo recapturado, interrompe-se a prescrição, voltando ele a cumprir a pena. A prescrição, no caso de fuga, começa a correr da data em que ela se realiza, regulando-se pelo prazo que resta do cumprimento da pena.

Em concurso de agentes, a causa interruptiva comunica-se, exceto em caso de reincidência ou continuação do cumprimento da pena, conforme disposições contidas no § 2º, do art. 117, do CP.

Vale destacar ainda, a imprescritibilidade das penas acessórias. Estas, antes da condenação, prescrevem com as penas principais, de acordo com a regra do art. 118 do CP. As penas acessórias, uma vez impostas, não prescrevem, porque sua execução independe da presença do condenado.

Prescrição²²⁷ subsequente (ou superveniente) à condenação é forma de prescrição da pretensão punitiva a que vem prevista no art. 109, §1º do CP. Trata-se, ainda aqui, da espécie prescrição da pretensão punitiva (ou da ação). Isto porque a referida forma prescricional ocorre ainda antes de transitar em julgado a sentença final. Não obstante a sentença tenha sido condenatória, não chegou a se tornar definitiva, pois cabe recurso tanto para acusação quanto para defesa. O prazo prescricional regula-se pela pena em concreto atribuída na sentença e não mais pela pena abstrata prevista em lei.

São três as hipóteses previstas para a ocorrência da prescrição subsequente à sentença condenatória.

a) Trânsito em julgado só para acusação. Houve a sentença condenatória e não houve recurso de parte da acusação, transitando em julgado para a mesma. Tal decisão ainda não se tornou definitiva, visto que cabe recurso de parte da defesa. Por tal motivo, começa fluir novo prazo prescricional, que tem por marco inicial a sentença condenatória e, por ponto final, o definitivo trânsito em julgado dessa sentença. É nesse espaço de tempo entre a sentença condenatória e o sua irrecorribilidade pode se verificar a prescrição subsequente, cujo prazo é regulado pela pena em concreto aplicada ao réu. Por exemplo: proferida sentença condenando o réu a nove meses de detenção e a acusação não recorre. A partir da sentença começou a

²²⁶ BRASIL, op. cit.

²²⁷ Ver DELMANTO, Celso. et al. **Código penal comentado**. 6 ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 202-243.

correr o prazo prescricional de dois anos, regulado pela pena concreta imposta ao réu de nove meses. Antes do fim desse prazo de dois anos, a sentença deve se tornar definitiva, pois, do contrário, verificar-se-á a prescrição subsequente. Tal circunstância pode ocorrer de diversas maneiras: passam-se os dois anos sem que o réu seja intimado da condenação; intimado, o réu apela, porém o tribunal leva mais de dois anos para julgar o recurso; o tribunal julga o recurso pouco antes dos dois anos, mas o acórdão que confirma a condenação não é unânime e os embargos infringentes interpostos serão julgados após os dois anos; ou, o tribunal nega provimento ao recurso de apelação do réu antes dos dois anos, mas são aviados recursos especial e/ou extraordinário, ou agravo de instrumento do despacho denegatório destes recursos, ou ainda agravo regimental do despacho do relator que indefere o agravo de instrumento e, antes do julgamento de quaisquer dos recursos interpostos, passam-se os dois anos.

b) Depois de improvido o recurso da acusação. Nesta segunda hipótese, a acusação recorre objetivando o aumento da pena e sua apelação é improvida no tribunal. Uma vez tendo decorrido o prazo prescricional pela pena aplicada em concreto, verifica-se a prescrição subsequente.

c) Absolvição em primeira instância e condenação em segunda, sem que entre o fato e o recebimento da denúncia ou queixa, ou entre este e o acórdão condenatório, tenha decorrido o lapso prescricional. A defesa, todavia, interpõe recurso especial e/ou extraordinário, ou agravos de instrumento ou regimental relativos a tais recursos, e entre o acórdão condenatório do tribunal e o trânsito em julgado decorreu o prazo prescricional.

Com relação aos efeitos da prescrição subsequente, o acusado não é responsabilizado pelo crime, não tem seu nome inscrito no rol dos culpados nem há geração de futura reincidência; não responde pelas custas processuais e o dano resultante do crime só poderá ser cobrado pela via ordinária do CPP, arts. 66 e 67, e não pela via direta do art. 63 do CPP.

Sendo imposta a pena privativa de liberdade, regular-se-á a prescrição de acordo com os prazos assinalados nos incisos I a IV do artigo 109 do CP, pela pena imposta em concreto fixada na sentença. Se for restritiva de direitos observar-se-á os mesmos prazos, entretanto, se for multa a pena unicamente cominada, não se aplica o § 1º, do art. 110, do CP, incidindo o art. 109 c/c 114 e 117, IV, do CP, o prazo prescricional sempre será de 02 (dois) anos. Ocorrendo a interrupção pela sentença condenatória recorrível o biênio recomeçará a ser contado. Tais prazos sujeitam-se a redução pela menoridade relativa e maioridade senil (art. 115, CP), não sendo acrescidos por reincidência.

Constitui termo inicial da prescrição subsequente à condenação a data em que a sentença for entregue em cartório pelo Juiz e o marco final ocorre com o trânsito em julgado para ambas as partes.

A prescrição da medida de segurança imposta ao semi-imputável considera-se regulada pela pena substituída. Se houver omissão da sentença em relação a imposição da pena a ser substituída caberá embargos de declaração; se, por ventura, forem rejeitados ou não tiverem sido propostos cabe a apelação. Ao inimputável, em que a medida de segurança é a única sanção aplicada, os prazos prescricionais baseiam-se na pena mínima cominada em lei.

Prescrição retroativa é uma das espécies de prescrição punitiva. Em seu fundamento legal na remissão do art. 109, *caput*, combinada com os § 1º e 2º, do art. 110, do CP. A prescrição da pretensão punitiva propriamente dita transcorre da data da consumação do crime até a sentença final; já a retroativa é aquela que ocorre quando a sentença condenatória transita em julgado para a acusação, verificando-se para trás, para o passado, regressivamente. Verificada a prescrição retroativa, fica desconstituída a condenação. Assim, a pena imposta serve apenas para marcar a quantidade justa pela qual será aferida a prescrição. Sujeita-se, também, às causas de interrupção previstas no art. 117, I a IV, do CP.

Exemplificativamente, se a sentença condenatória aplicou a pena de seis meses, deve-se observar se o prazo prescricional de dois anos não teria sido ultrapassado entre a data que o juiz entregou a sentença em cartório e a data do recebimento da denúncia ou queixa, ou entre esta data e a da consumação do crime. Tendo aquele prazo de dois anos excedido entre tais marcos, terá ocorrido a denominada prescrição retroativa.

Considerando-se que a prescrição se verifica antes de transitar em julgado a sentença final condenatória e o art. 109 lhe faz ressalva e remissão expressas, trata-se de prescrição da pretensão punitiva (ou da ação). Em face disso, fica extinta a própria pretensão de se obter uma decisão a respeito do crime, não implicando na responsabilidade do acusado, não marca seus antecedentes, não gera futura reincidência, o réu não responde pelas custas do processo e os danos só poderão ser cobrados no cível pela via ordinária.

Se a pena imposta for privativa de liberdade ou restritiva de direitos serão observados os prazos previstos no art. 109, I a IV, do CP. Na pena de multa, a prescrição opera-se como nos demais casos.

As causas de aumento e diminuição da pena, bem como as agravantes e atenuantes, já são consideradas na sentença condenatória, por isso não influem no prazo prescricional em si.

No caso de concurso formal, considera-se a pena base imposta na sentença condenatória excluindo-se o acréscimo legal. No crime continuado, leva-se em conta cada uma das penas, se forem iguais, ou a mais grave, se diversas, desprezando-se o aumento. No concurso material cada infração tem seu prazo prescricional, considerado isoladamente. A menoridade relativa ou a maioridade senil permitem a redução do prazo prescricional pela metade. A reincidência não aumenta o prazo prescricional visto que já foi considerada na sentença que a reconheceu.

A aplicação da prescrição retroativa pressupõe a existência de uma sentença condenatória irrecurável para a acusação, ou, ainda que se interposto o recurso, seja improvido; ou, se provido não altere o prazo prescricional. Equipara-se à sentença condenatória o acórdão condenatório prolatado pelo Tribunal quando o réu tiver sido absolvido em primeira instância. Não é necessário recurso do réu e nem a sua intimação da sentença condenatória para início da contagem do prazo prescricional.

Não cabe ao Juiz de 1º grau reconhecer a prescrição retroativa, pois ao prolatar a sentença exaure sua jurisdição. O Juiz da execução também não é competente, cabendo-lhe apenas declarar a prescrição da pretensão executória. Assim, a prescrição retroativa pode ser reconhecida *ex officio* pelo Tribunal ou em grau de *Habeas Corpus*, Apelação e Revisão, também em Embargos de Declaração, Infringentes e Agravo de Execução. Quando a competência originária for do Tribunal nada impede que seja declarada a extinção da punibilidade, ainda que o réu seja condenado, não sendo obstáculo a interposição de recurso especial ou extraordinário sem efeito suspensivo.

São causas interruptivas da prescrição retroativa (art. 117, CP):

- a) A publicação da sentença condenatória anulada;
- b) A comunicabilidade nos casos de concurso de agentes, salvo o caso da reincidência
- c) O início ou continuação do cumprimento da pena.²²⁸

Independentemente, enfim, da forma e/ou do momento em que é verificada, a prescrição é a perda do poder de punir do Estado causada pelo decurso do tempo fixado em lei.²²⁹

Zaffaroni e Pierangeli, ao manifestarem entendimento acerca da prescrição como causa pessoal de extinção da punibilidade, reconhecem que, embora a punição seja um poder-dever, pode ocorrer a renúncia estatal a essa prerrogativa:

²²⁸ BRASIL, op. cit., p. 298-299.

²²⁹ DELMANTO, op. cit., p. 215.

Muito embora o mero decurso do tempo sobre a prática de um fato não seja motivo suficiente para que tudo se apague, considera-se, todavia, que em determinadas condições, o transcurso do tempo, sem que a pena seja executada, faz com que cesse a coerção penal, ou seja, o decurso do tempo leva o Estado a renunciar o seu poder-dever de punir, do mesmo modo que extingue a ação penal que não chega à sentença.²³⁰

E, reportando-se a Figueiredo Dias, observam que a prescrição é também uma questão político-criminal:

A limitação temporal da perseguibilidade do facto ou da execução da sanção liga-se a exigências político-criminais claramente ancoradas na teoria das finalidades das sanções criminais e correspondentes, além do mais, à consciência jurídica da comunidade.²³¹

Assim, o decurso do tempo, pode ser causa de extinção do direito tanto do indivíduo, particular (na esfera cível), como do Estado (âmbito penal). No que diz respeito à perda de direito por parte do Estado, penalmente a prescrição afeta principalmente duas espécies de direitos, a pretensão punitiva – *jus puniendi* – e a pretensão executória – *jus punitiois*. Ambas inserem-se no direito do Estado de punir o agente de uma infração penal e de obrigá-lo a cumprir a pena imposta pelo julgador em uma sentença penal.

²³⁰ ZAFFARONI, Eugénio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 752.

²³¹ DIAS, Figueiredo *apud* ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., p. 752. Alberto Silva Franco e Rui Stoco, colacionam jurisprudência do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, ilustrado pela ementa da lavra do Relator Xavier de Aquino – RJD 22/53: *Hoje, é o Estado o grande dispensador de Justiça. Detentor único da pena, qual espécie do gênero sanção jurídica. Assim, torna difícil falar-se em direito de punir estatal. Quem diz direito, na hipótese, pensa em subjetivo. Ora, este é o poder ou faculdade de que se pode dispor, derivante das normas de direito. O Estado, contudo, não pode escolher entre punir e não punir, determinado delito. Guarda, em verdade, o poder-dever de punir. A persecução penal, em regra, desponta como poder-dever estatal. Não obstante, continua-se a falar em direito de punir e em pretensão punitiva, oferecendo visão privatística do direito penal. Uma das conseqüências de tal modo de ver, agora, se exhibe na prognose prescricional. A extinção da punibilidade, em sentido mais técnico, decorre de ato ou fato jurídico, posteriores a infração penal, cujos efeitos fazem cessar o poder -dever de punir do Estado, em potência, ou em ato. A prescrição, enquanto fato, é só uma das causas gerais de extinção da punibilidade (art. 107, IV, do Código Penal). Tanto que ocorrida suposta violação de norma penal, ou sucedido evento, que parece delito, nasce para o Estado o tal poder-dever, no caso concreto, ou de sancionar penalmente. É ela, assim, fenômeno de perda de um poder-dever por sua inexecução a tempo certo. Que poder-dever resta perdido. A resposta irrompe evidente: desaparece o de punir. Some o interesse material punitivo. Daí evanuir-se. Também, o poder-dever de ir a juízo de cognição – poucas vezes o direito -, ou de promover a execução do julgado; ou de quere algo, em face de alguém, por virtude da lei penal, perante a jurisdição específica. Note-se que a intenção de punir, ou interesse punitivo, consiste em manifestação pré-processual, pouco importando que se exhiba, depois, em processo de conhecimento ou de execução. A natureza jurídica, portanto, dessa causa de extinção da punibilidade, aflora material, embora se protraia no processo, quando lhe fulmina o objeto. O não exercício do poder-dever de persecução penal e de executar o julgado condenatório firme, ou na pendência de recurso extremo, por isso, termina por atingir a sanção, seja ela pena, seja medida de segurança. Toda sanção negativa – não só o processo – há de ter sentido prático. Desse modo, tempo decorrido, em relação com a infração penal, faz emergir a prescrição, qual maneira de se extinguir a punibilidade, que se tornou desútil. É a idéia de tempo escoado, que conduz ao esquecimento. Eis a razão política de existir tal instituto. SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. v. 1. Parte geral. 7 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 1914.*

No âmbito do direito punitivo, há razões de maior relevância a fundamentar e individualizar o instituto da prescrição. Antolisei ensina:

El trascurso del tiempo atenúa normalmente el interés del Estado en comprobar el delito y también en ejecutar la pena que se haya infligido, interés que desaparece al perderse el recuerdo del hecho y de las consecuencias sociales de él. Por otra parte, cuando la investigación no se há concluido o no se há llegado a una sentencia irrevocable de condena, surgen, con el trascurso del tiempo, graves dificultades para recoger el material probatorio a causa de la desaparición de los testigos, de las huellas del delito, etc.²³²

O instituto é suscetível de crítica. Beccaria²³³, na sua obra *Dos delitos e das penas*, alertava que *os crimes atrozes que permanecem por longo tempo na lembrança dos homens, uma vez provados, não merecem prescrição alguma em favor do réu, que se subtrai pela fuga*. Também Henckel e Bentham²³⁴, condenavam o regime, ao argumento de que deixar de aplicar a pena, tão somente face ao transcurso do tempo, implicaria na consagração da impunidade, resultando no encorajamento da prática criminosa.

Prescrição, portanto, é o falecimento do direito-dever de punir do Estado. Ao contrário, temos o instituto da imprescritibilidade.

Zaffaroni e Pierangeli, ao analisarem a questão da imprescritibilidade, asseveram:

Todos os tipos de crimes deberían estar sujetos à prescrição, sem qualquer consideração pela sua natureza ou pela sua gravidade. No entanto, este princípio não vem sufragado por todas as ordens jurídico-penais, e, ainda, recentemente, tem-se assistido, em vários movimentos internacionais, a um redobrado esforço em favor da imprescritibilidade – tanto no âmbito do direito penal quanto do processo penal -, quanto aos crimes atentatórios à paz e à humanidade, muito especialmente ao *genocídio*, e a outros, puníveis com pena de morte e de prisão perpétua.²³⁵

O *redobrado esforço em favor da imprescritibilidade* referido pelos penalistas, culminou com a adoção do instituto pelo Estatuto de Roma, segundo o qual, os crimes de competência do Tribunal Penal Internacional são imprescritíveis.

Se a prescrição sofre críticas, não é menos verdadeiro que a imprescritibilidade têm seus algozes. Os próprios penalistas Zaffaroni e Pierangeli criticam:

²³² ANTOLISEI, Francesco. **Manual de derecho penal**. 8 ed. Bogotá, Colômbia: [s.ed.], 1988. v. I, p. 535.

²³³ BECCARIA, op. cit., p. 106.

²³⁴ Ministério Público do Rio Grande do Sul. **Notas sobre a suspensão do processo e do curso da prescrição na lei n. 9.271/96**. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/criminal/doutrina/id37.htm>>. Acesso em: 23 jun. 2007.

²³⁵ ZAFFARONI, op. cit, p. 753.

Não nos parece existir fundamentação suficiente para isso. Não existe na listagem penal crime que, por mais hediondo que se apresente ao sentimento jurídico e ao consenso da comunidade, possa merecer a imprescritibilidade, máxime se atentarmos que as expectativas comunitárias de reafirmação da validade da ordem jurídica não perduram indefinidamente.²³⁶

Aníbal Bruno²³⁷ detecta que a indignação pública e o sentimento de insegurança que o crime gerou amortecem com o decorrer dos anos, do mesmo modo que se atenua a revolta e exigência de justiça dos ofendidos.

E demonstra preocupação com os efeitos do tempo sobre a própria eficácia da pena e segurança do Direito quando preleciona:

Assim, também com o tempo, vai-se mudando o réu em outro homem, esquece ou deforma a imagem do seu crime, e a pena, quer como instrumento de expiação, quer como instrumento de emenda, já não encontrará o mesmo sujeito, como saiu, com a sua culpa, da prática do delito, para nele aplicar-se com eficácia e justiça. Perde a pena o seu fundamento e os seus fins, e assim se esgotam os motivos que tinha o Estado para a punição. Além disso, o fato cometido foi-se perdendo no passado, apagando-se os seus sinais físicos e as suas circunstâncias na memória dos homens, escasseiam e se tornam incertas as provas materiais e os testemunhos e assim crescem os riscos de que o juízo que se venha a emitir sobre ele se extravie, com grave perigo para a segurança do Direito. Umas e outras razões fazem da prescrição um fato de reconhecimento jurídico legítimo e necessário. Em todo o caso, um fato que um motivo de interesse público justifica.²³⁸

Diante do fato que muitos Estados subscritores do Tratado de Roma consagram em seus ordenamentos jurídicos o instituto da prescrição, haverá, por conseguinte, um embate entre a prescrição de Direito interno e a imprescritibilidade na esfera internacional, que desafiará a eficácia do Tribunal Penal Internacional.

Se fizermos uma análise de caso, tomando-se como exemplo o Brasil, verificamos que a sua política externa é moldada em dez diretrizes, definidas no artigo 4º da Constituição Federal. Entre tais princípios embaixadores das suas relações internacionais, está a concessão de asilo político. Ademais, o direito de asilo, inclusive, é princípio constante na Declaração Universal dos Direitos do Homem. Lá consta:

Artigo XIV

1. Toda pessoa, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países.

Vale lembrar, o Brasil é um dos países subscritores da Ata Histórica.

²³⁶ Idem, *ibidem*.

²³⁷ BRUNO, op. cit., p. 210.

²³⁸ Idem, p. 210-211.

Asilo é palavra derivada do latim *asylum*, de procedência grega, tem o sentido de significar qualquer local inviolável, refúgio, couro ou expressa imunidade.²³⁹ Assim representa o *recolhimento* oferecido e dado à pessoa perseguida, a um lugar (refúgio) ou território, onde não possa ser perseguida. E, assim, se põe a pessoa ao abrigo das *diligências* da justiça ou de outra autoridade, que a queira capturar ou 'render'. O Asilo pode ser diplomático, marítimo ou político.

Asilo diplomático ocorre quando o refugiado ou perseguido se recolhe à sede de uma embaixada estrangeira, que, por princípio de Direito Internacional, goza dessa imunidade. É o privilégio de *asilo fruído* pelas casas dos embaixadores.

Asilo marítimo é a denominação dada ao *recolhimento* procurado pelo navio de guerra em um porto neutro, até por vinte e quatro horas.

Asilo político, diz-se do refúgio procurado pela pessoa, em território de outra nação, quando processada em seu país como autor de crime político, para o qual, segundo convenção ou tratado firmado, não há extradição.

José Francisco Rezek, leciona:

Asilo Político é o acolhimento, pelo Estado, de estrangeiro alhures geralmente, mas não necessariamente, em seu próprio País – por causa de dissidência política, de delito de opinião, ou por crimes que, relacionados com a segurança do Estado, não configuram quebra do direito penal comum.²⁴⁰

Na longínqua data de 31 de agosto de 1931, o então Consultor Jurídico do Itamaraty, Clóvis Beviláqua, assim exarou seu parecer a respeito do direito de asilo:

Sendo a concessão de asilo a políticos um direito, com fundamento no costume ou em convenção, não respeitá-lo o Governo do país, onde se der, constitui delito internacional, ato inamistoso de irrecusável gravidade. Cumpre, entretanto, e por isso mesmo, concedê-lo com a maior discricção.²⁴¹

Assim, se o Brasil pode – ou deve – conceder o direito de asilo a estrangeiros que estejam sendo perseguidos, com mais ênfase poderia conceder asilo político a um brasileiro que estivesse sendo “perseguido” pelo Tribunal Penal Internacional por um crime que, no território nacional, já estivesse prescrito. Diante disso, a legalidade e a legitimidade da entrega de nacionais ao TPI estariam desfeitas em face da extinção da punibilidade determinada pelo Direito interno. A concessão de asilo ao próprio nacional encontra abrigo na Carta Política

²³⁹ SILVA, op. cit, p. 210-211.

²⁴⁰ REZEK, op. cit., p. 217.

²⁴¹ CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). **Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty**. ed. Fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2000. v. II. p. 547.

brasileira, no Título II, sob a inscrição *Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*, ficando explícito que há a valorização do homem enquanto indivíduo e ser sociável. O dever de proteção ao nacional está inserto nos deveres estatais constitucionalmente atribuídos. Embora não se referindo expressamente às garantias fundamentais, tal epígrafe compreende de modo implícito, visto que *as garantias constitucionais são também direitos, não como outorga de um bem e vantagem por si, mas direitos instrumentais porque destinados a tutelar um direito principal*²⁴².

Poder-se-ia questionar a respeito da concessão de asilo a um brasileiro pelo próprio Brasil, tendo em vista que não há previsão legal a respeito. Inicialmente, cabe recordar o princípio jurídico segundo o qual o que não é proibido é permitido.

Ademais, no Direito Penal, é viável distinguir-se dois subtipos de analogia: a *analogia in malan parten* e a *analogia in bonan partem*. A primeira tenta agravar a pena em pressupostas hipóteses não abrangidas pela lei. Já a segunda, ao contrário de sua antecessora, é contra a utilização das mesmas hipóteses. De modo geral, a primeira afeta maleficamente a situação do acusado, enquanto a segunda apenas lhe traz benefícios.

No âmbito penal, ainda, vige o princípio da aplicação analógica da lei mais benéfica ao réu, a denominada analogia *in bonam partem*. Assim, a aplicação analógica só ocorrerá para beneficiar o infrator penal. A coexistência da *lex praevia* e da *lex scripta* juntas com a *lex stricta*, impede a aplicação da *analogia in malan parten*, mas não intervém na aplicação da *in bonan partem*, pois esta tem como pilar principal a equidade. Segundo Bettiol:

A proibição do procedimento analógico em matéria penal há que assinalar limites precisos. Recai sobre todas as normas incriminatórias e todas as que (mesmo eximenes) sejam verdadeiramente excepcionais... Quaisquer outras normas do Código Penal são suscetíveis de interpretação analógica.²⁴³

Ou seja, a analogia pressupõe falha, não tendo aplicação quando o texto legal estiver claro que a *mens legis* deseja excluir a argumentação analógica em determinados em casos semelhantes.

No ordenamento jurídico brasileiro, a utilização da analogia é admissível no processo penal e está positivada no art. 3º do Código de Processo Penal, o qual admite expressamente a aplicação analógica e o suplemento dos princípios gerais de Direito.

²⁴² SILVA, op. cit., p. 360-365.

²⁴³ BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. Pillares. **Instituições de direito e processo penal**. [S.l.], [S.ed.], 2008. p. 96.

Analogia, no campo jurídico, é uma forma de suprir lacunas da lei. Para sua aplicação é necessária a inexistência de uma norma legal específica e, por isso, baseia-se na semelhança. Utilizar o princípio analógico é proibido para fundamentar ou agravar a pena. Observa-se a existência de dois tipos de sistemas analógicos²⁴⁴:

- a) Analogia da Lei – Parte-se de um preceito legal isolado;
- b) Analogia do Direito – Parte-se de um conjunto de normas, extraem-se delas o pensamento fundamental ou os princípios que as informam para aplicá-los a caso omissos.

Verifica-se, procedendo-se a análise de caso, que a legislação brasileira é omissa quanto à concessão de asilo aos acusados de crimes de competência do TPI. Assim sendo, necessário faz-se que complementemos a lei através da analogia.

Partimos da idéia que a base maior do ordenamento jurídico vem estampada no postulado da dignidade da pessoa humana – impregnado, no ordenamento estatal brasileiro, do mais absoluto grau de centralidade e supremacia – a obstaculizar, de forma linear, a possibilidade de que o homem seja convertido em objeto de processos estatais. A lei penal destina-se à proteção não apenas dos bens jurídicos tutelados nos diplomas penais e leis extravagantes. Também, protege, de maneira garantista, a liberdade do infrator, visto que o indivíduo só será atingido pelos efeitos repressivos da lei penal desde que ocorra o exato enquadramento da sua atitude nos elementos de tipificação descritos na norma. Na mesma esteira, o indivíduo só terá sua liberdade tolhida se houver o cumprimento de todos os requisitos para o procedimento de cerceamento do direito de ir e vir. Diversos dispositivos do Estatuto de Roma demonstram que ele adota o ideário garantista. Os princípios da legalidade dos delitos e das penas, da irretroatividade e da culpabilidade estão contemplados nos dispositivos do Estatuto. O art. 67 elenca um rol de garantias processuais e, sob determinados aspectos, inclusive, até mesmo mais detalhistas do que várias das normas processuais da legislação interna brasileira. Dentre todas as garantias que possui o cidadão, está a de não ser perseguido ilegalmente. Estando o delito prescrito no âmbito da legislação interna, temos que o envio de um infrator penal brasileiro para o TPI seria uma afronta a essa garantia. Derradeiramente, tendo em vista que a analogia é sempre utilizada em benefício do acusado, entendemos que não haveria óbice para o nacional solicitar asilo político ao próprio Brasil.

Diante dessas premissas, em não havendo concessão do direito de asilo ao próprio nacional, entendemos, contrário senso, que estaremos diante da consagração do Direito Penal

²⁴⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 78.

do inimigo²⁴⁵, tendo em vista a supressão de garantias fundamentais do cidadão, qual seja, a entrega para julgamento pelo TPI do autor de um fato delituoso que o tempo já se encarregou de extinguir a punibilidade.

Sob esse prisma, por conseguinte, não haveria qualquer empecilho. O ato oficial seria juridicamente correto.

Devemos destacar ainda, na esfera penal, o princípio da aplicação da lei mais benéfica ao acusado, a prevalência da norma mais favorável ao ser humano um dos sustentáculos do Direito Penal universal. O aludido princípio encontra previsão internacional no artigo 9º do Pacto de San José da Costa Rica e, por conseguinte, deve ser compreendido como um direito fundamental que impõe ao Estado a obrigação de aplicar a lei penal mais favorável ao acusado, inclusive nas hipóteses em que essa tem vigência posterior à condenação. Segundo o princípio da irretroatividade da lei penal desfavorável, os Estados são impedidos de exercer seu poder punitivo no sentido de aplicar de forma retroativa leis penais que aumentem penas, estabeleçam circunstâncias agravantes ou criem figuras típicas mais gravosas.²⁴⁶

Assim sendo, uma vez a legislação interna prevendo a prescribibilidade dos crimes, deve-se considerar que o Estatuto de Roma é mais gravoso, vez que contempla o instituto da imprescribibilidade. Diante disso, ao tratarmos do princípio da irretroatividade da lei penal mais grave, entendemos que deve ser compreendido como instrumento de proteção da pessoa humana, constituindo-se em um verdadeiro limite jurídico ao poder punitivo estatal. Salientamos que a expressão "lei penal mais favorável" pode ser interpretada sob vários enfoques distintos: aquelas que tornam atípica uma conduta anteriormente tratada como crime – *abolitio criminis*; como aquela que prevê uma pena menor para um delito ou uma nova causa de justificação ou não-culpabilidade.

Retomando ao nosso estudo de caso, verificando a legislação brasileira, temos que o Brasil não poderia proceder a entrega de um nacional ao Tribunal, caso estivesse prescrito o crime praticado segundo a lei interna. Do contrário, estará patente a violação ao princípio da lei penal mais gravosa.

²⁴⁵ A respeito ver JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Organização e tradução André Luiz Callegari, Nereu Giacomolli. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

²⁴⁶ Artigo 9º - Princípio da legalidade e da retroatividade. Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delito, de acordo com o direito aplicável. Tampouco, poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinqüente deverá dela beneficiar-se.

Os aspectos aqui levantados demonstram que há entraves para a eficácia do Tribunal Penal Internacional, que requerem releitura na aplicação de leis e princípios de Direito interno. Os obstáculos à eficácia da Corte Internacional Criminal Permanente, contudo, não se extinguem no conflito da prescrição de Direito interno e da imprescritibilidade na esfera internacional. A análise dos princípios da primazia, da complementaridade e a noção de soberania faz-se necessária.

3.3 O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA, O PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE E A SOBERANIA

É vigente o princípio da primazia, segundo o qual, há primazia do Direito interno dos Estados sobre a jurisdição de Direito Internacional competente para processar e julgar os delitos perpetrados no âmbito da sua jurisdição. O art. 17, I, e suas alíneas *a*, *b* e *c*, do Estatuto, cuida das condições de admissibilidade da competência do TPI, de tal sorte que um determinado caso não será admitido se:

- a) For objeto de inquérito ou procedimento criminal por parte do Estado que tenha jurisdição sobre ele;
- b) Tiver sido objeto de inquérito ou procedimento criminal, e o Estado tenha decidido não dar seguimento;
- c) A pessoa já tiver sido definitivamente julgada;
- d) O fato não for suficientemente grave a justificar a intervenção do Tribunal.

Nas alíneas *a* e *b* tem-se a ausência de vontade ou a incapacidade do Estado competente de levar a termo a investigação ou o procedimento criminal instaurado, como condicionante da intervenção do TPI. A alínea *c* cuida da vedação do *ne bis in idem*, na medida em que busca evitar o julgamento do mesmo fato por duas vezes. Derradeiramente, a falta de gravidade da infração afasta, *de per se*, o interesse a justificar a atuação do TPI.

Aí reside o primeiro sentido do princípio da complementaridade, segundo o qual a atuação do Tribunal tem caráter subsidiário diante da jurisdição nacional, tendo por critérios delimitadores a existência, ou não, de coisa julgada, vontade e disposição de punir por parte do Estado considerado competente e a gravidade da infração. Percebe-se, de pronto, que a jurisdição do TPI não antecede e tampouco se sobrepõe à jurisdição nacional, mas simplesmente a complementa, pressupondo o receio de que os responsáveis pelas condutas descritas no art. 5º e seguintes do Estatuto possam permanecer impunes. Assim sendo, seja a intenção deliberada do Estado que detenha a jurisdição para o caso em não punir determinado

fato, seja a ausência de capacidade ou mesmo estrutura para tal fim, em qualquer dessas hipóteses, diante da ocorrência de um dos crimes tipificados no art. 5º do Estatuto, a atuação do Tribunal estará legalizada e legitimada.

Muito embora o princípio da complementaridade norteie as ações do Tribunal Penal Internacional, em contrapartida, paradoxalmente, conspira contra a eficácia do mesmo. Consoante o preâmbulo e art. 1º do Estatuto, a jurisdição não retroativa do TPI está submetida, em nome da complementaridade, a requisitos de admissibilidade. Esse mecanismo concede a oportunidade de as Cortes internas solucionarem o caso de forma satisfatória. As autoridades e Cortes nacionais terão a responsabilidade primária de investigar e solucionar o caso. Se o Estado não for capaz ou não estiver disposto a levar a termo a investigação ou o processo, ou teve o propósito de não responsabilizar penalmente o acusado, o TPI poderá exercer sua jurisdição, desde que o caso seja grave – art. 17 c/c 20 do Estatuto, pois a competência do Tribunal gira somente em torno de crimes assim considerados.

A dificuldade de se precisar o momento a partir do qual o proceder estatal passa a ser considerado omissão, no entanto, é um enigma para a eficácia do TPI frente ao contexto do exercício da primazia do Direito interno, do princípio da complementaridade e da própria soberania. Há a possibilidade do argumento da investigação secreta e, por tal motivo, o Estado estaria agindo de maneira velada. Pode haver a alegação, por exemplo, que há suspeitas, ou indícios, de que uma organização criminosa – ou mais de um autor – tenha praticado o delito. Por tais razões, a fim de alcançar-se todos os envolvidos, o Estado estaria realizando uma investigação velada. Considerando-se que no âmbito do Direito interno ainda não houve a prescrição do crime, temos que o argumento é válido e de difícil prova em contrário. Tal proceder estatal, entretanto, na verdade, visaria proteger o cidadão infrator que represente uma casta social naquele Estado tido por omissor.

A análise se um Estado demonstra ou não vontade de agir em um determinado caso é feita através da verificação, pelo TPI, se o processo foi instaurado ou está pendente, ou se a decisão nacional foi adotada com o propósito de subtrair a pessoa em causa à sua responsabilidade penal por crimes de competência do Tribunal. Avalia-se, ainda, se houve demora injustificada no processo que, em face das circunstâncias, seja incompatível com a intenção de levar a pessoa em causa a um julgamento pelo tribunal estatal competente, ou ainda, se o processo não foi, ou não está sendo conduzido, de maneira independente ou imparcial, mas de forma tal que, consideradas as circunstâncias, seja incompatível com a intenção de fazer comparecer o acusado diante do tribunal interno competente para o caso quanto perante ao TPI. Enfim, a determinação da admissibilidade de um caso, o Tribunal

verifica se o Estado, por colapso total ou substancial da respectiva administração nacional da Justiça ou indisponibilidade desta, não está em condições de fazer comparecer em juízo o acusado, de reunir os meios de prova e depoimentos necessários, ou não está, por outros motivos, em condições de concluir o processo.

Admitir a aplicação subsidiária da norma internacional que define crimes e prevê penas representa ao mesmo tempo a prudência e respeito, necessários na defesa do Direito nacional, como também se ajusta aos fins a que se propõe o Estatuto de Roma, o qual não objetiva subtrair a competência jurisdicional nacional nem tampouco se sobrepõe à ordem legal interna, mas criar mecanismos de fiscalização e controle permanente, com vistas à eventual falta de interesse por parte dos Estados em investigar e punir os crimes de violação aos Direitos Humanos. Essa não sobreposição, ao nosso sentir, vale como um aliado na busca de angariar novos adeptos ao Estatuto de Roma. Tal conclusão explica-se pela conjunção de princípios e determinações legais harmonizando o Direito interno e o Direito Internacional.

José Francisco Rezek, apregoa:

Quem hoje se detém a refletir sobre a ordem jurídica internacional na virada do século há de perceber que há um contraste entre a fecundidade com que se produz o Direito e a modéstia relativa do seu sucesso. Por força, em grande parte das pressões que os governos nacionais sofrem do movimento da opinião pública, das organizações não-governamentais, de todas as formas de ativismo, normalmente conducentes ao progresso do Direito e das instituições em geral, os governos têm sido mais receptivos à idéia de produzir, no âmbito internacional, normas jurídicas mais avançadas do que eficazes na realização do Direito que se projeta em conferências internacionais.²⁴⁷

Ademais, a preservação da soberania dos Estados é outra circunstância que merece ser analisada com cuidado, pois sob o abrigo dessa premissa, poder-se-á acobertar crimes de competência do Tribunal Penal Internacional com o intuito de, também, socorrer a cidadãos diferenciados dentro do território do Estado protecionista.

Flávia Piovesan²⁴⁸ estabelece uma redefinição do conceito de soberania à luz do movimento de internacionalização dos Direitos Humanos, que disseminou a idéia de que a proteção desses direitos não se deve restringir à exclusiva jurisdição doméstica. Enfatiza que o Tribunal Penal Internacional teria apenas uma responsabilidade subsidiária e

²⁴⁷ Texto baseado nas notas taquigráficas de conferência proferida no Seminário Internacional “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira”, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 30 de setembro de 1999, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília-DF. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicação>. Acesso em: 28 fev. 2007.

²⁴⁸ Idem, ibidem.

complementar à dos Estados nacionais, acionável quando estes se mostrarem incapazes de responder às violações dos direitos humanos.

Ao nosso sentir, em face da internacionalização do cidadão, não é mais possível permanecermos com conceitos dogmáticos limitados por idéias estritamente nacionalistas. Depreende-se dessa premissa, que não há infração ao exercício da soberania a adesão aos tratados internacionais que visem proteger e dar efetividade a direitos conquistados ao longo de décadas, mormente, os Direitos Humanos. Assim sendo, ao aderir a uma nova jurisdição o Estado não faz sucumbir a sua jurisdição interna, mas a complementa. Da mesma maneira, não sobrepõe sua jurisdição sobre a internacional, mas a exporta para o âmbito internacional, visto que põe à disposição do Direito Internacional a força coercitiva do seu ordenamento jurídico interno. Essa nova jurisdição não é estrangeira, por conseguinte, mas internacional, da qual todos os Estados Partes são titulares.

A ordem jurídica internacional é caracterizada pela coordenação entre os sujeitos internacionais, tornando o dogma da soberania *inteiramente inadequado ao plano das relações internacionais*.²⁴⁹ Não se pode, portanto, afastar o sistema jurídico internacional de proteção dos Direitos Humanos sob o argumento de que a soberania do Estado brasileiro, por exemplo, sobrepõe a Constituição a qualquer outro diploma normativo. A soberania dos Estados não é absoluta, sendo relativizada pelos Direitos Humanos, isto porque quando um Estado opta por ingressar em um sistema internacional de proteção dos direitos humanos, ele flexibiliza a sua soberania, passando esta a se harmonizar com a ordem jurídica externa. É o que acontece com o Brasil: encontra-se vinculado ao sistema interamericano de Direitos Humanos (Comissão Interamericana de Direitos Humanos e Corte Interamericana de Direitos Humanos) na qualidade de Estado-Membro da Organização dos Estados Americanos, ao sistema global (ONU) e, não poderíamos deixar de mencionar, ao Tribunal Penal Internacional.

A defesa do caráter absoluto da soberania impede a eficácia plena das normas humanitaristas na ordem interna. A globalização requer a correspondente globalização no campo dos Direitos Humanos. A efetivação universal desses direitos demanda instâncias jurídicas capazes de julgar os violadores dos direitos da pessoa humana. Tal reclame é manifestado principalmente num momento em que o mundo assiste ao ressurgimento de conflitos armados em decorrência de questões étnicas e religiosas.

²⁴⁹ CANÇADO TRINDADE, op. cit., p. 1046.

O Tribunal Penal Internacional é um avanço, sem dúvida, no difícil propósito de estancar a impunidade na esfera internacional, tendo em vista que, mesmo através dos tribunais *ad hoc*, um sistema internacional de justiça pretendia acabar com a impunidade daqueles que violam o Direito Internacional, tanto em termos repressivos quanto preventivos. O Tribunal Penal Internacional visa sanar as eventuais falhas e insucessos dos tribunais nacionais, que por vezes deixam impunes seus criminosos, principalmente, quando esses são autoridades estatais que gozam de ampla imunidade, consoante leis internas. Evita-se a criação de tribunais *ad hoc*, instituídos *ex post facto*, dignificando o respeito à garantia do princípio do juiz natural, concedendo instrumentos jurídico-processuais capazes de responsabilizar individualmente as pessoas condenadas pelo Tribunal, não deixando pairar sobre o planeta a vitória da impunidade. Assim é que uma Justiça Penal Internacional contribuirá, quer interna quer internacionalmente, para a eficácia da proteção dos direitos humanos e do Direito Internacional Humanitário.

Relativo ao Direito interno, na medida em que o Estado brasileiro ratifica uma convenção multilateral que visa trazer um bem estar que a sociedade internacional reivindica há anos, ele não está de acordo com sua Constituição, que previa a participação do Brasil na criação do Tribunal Penal Internacional, consoante o art. 7º dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias. Está, efetivamente, praticando um ato de soberania. Torna-se inegável, por conseguinte, que estamos diante do cumprimento de um preceito constitucional.

O novo desafio, entretanto, diz respeito à eficácia do Tribunal Penal Internacional, como de resto, de todos os tribunais internacionais que se criarem. Diante disso, a legitimação dos julgamentos do recém-nascido Tribunal Penal Internacional, bem como de todos os julgamentos de outros Tribunais Internacionais que se criarem – por exemplo, a criação do Tribunal Internacional do Meio Ambiente²⁵⁰ - é aliado imprescindível à eficácia de tais decisões, pois do contrário, o cumprimento dos julgados ficará comprometido, ocasionando um novo fenômeno no combate à impunidade, qual seja, o da “tribunalização²⁵¹”, que seria o substituto da criminalização²⁵² e da penalização²⁵³. Uma sociedade internacional justa e digna, baseada nos princípios da igualdade e da legalidade, requer que os sistemas jurídicos

²⁵⁰ Idéia defendida pelo Eminent Professor Sidney Guerra em conferência proferida durante o 4º Congresso Brasileiro de Direito Internacional, realizado em Curitiba – PR, de 23 a 26 de agosto de 2006.

²⁵¹ *Tribunalização*, segundo nosso entendimento, é a criação de diversos Tribunais Internacionais para diferentes áreas do direito, sem que suas decisões tenham eficácia ou força coercitiva para o necessário cumprimento das penas impostas.

²⁵² Tipificar como crime ação que não era considerada delituosa, com o objetivo de evitar que as pessoas a pratiquem.

²⁵³ Significa agravar, aumentar a pena prevista para o crime já previsto, também com o objetivo de inibir a prática delituosa.

nacionais desenvolvam mecanismos processuais eficazes e capazes de, efetivamente, aplicar a justiça em relação aos crimes tipificados no Estatuto de Roma, respeitando-se a dignidade da vítima e do acusado, com julgamentos imparciais por juízes competentes, para que não se verifique a consagração da ‘justiça dos vencedores’, tão indesejável quanto a impunidade.

Ao encerrarmos este breve estudo, queremos compartilhar da inquietação do eminente Francisco Rezek, que em manifestação carregada de sentimento de humanidade – mas, nem por isso, distante da razão ou desapegada do elevado censo de justiça com o qual sempre se desincumbiu de suas elevadas tarefas, ao dirigir sua prece ao Criador, clamou:

Deus nos livre daquela situação em que a aplicação da Lei Penal, sobretudo aos atos humanos mais reprováveis, seja o resultado de um jogo de casualidades permeado eventualmente pelo capricho. E, Deus nos livre de, por causa desse caráter de tropelia que o procedimento assume, às vezes, termos que reconhecer que ele é inidôneo e de termos de continuar convivendo com a impunidade de grandes criminosos. Não sei qual desses males é o mais insuportável: a impunidade generalizada de crimes, como os que o Tratado de Roma tipifica, ou a sensação de que esses crimes estão sendo punidos por amostragem. Não uma amostragem por sorteio, mas determinada pela conjugação de interesses estatais, ou seja, é possível que a impunidade generalizada nos vexa menos – porque pesa menos sobre a nossa consciência – que a sensação de estarmos participando de uma grande farsa. E, a sensação, receio, poderia ser esta: a de que um dia déssemos conta de que a jurisdição penal internacional não faz mais do que dar seqüência ao que até agora vem sendo o processo do plano internacional de criminosos de grande coturno; algo determinado por um jogo de acasos, de circunstâncias, contaminado muitas vezes por interesses políticos, facilmente identificáveis na cena internacional.²⁵⁴

Os óbices que aqui procuramos relatar, ao tempo que nos trazem dificuldades e desafiam a eficácia do Tribunal Penal Internacional, dão-nos a certeza de que podem ser facilmente removidos, bastando haver vontade política para fazer prevalecer os valores maiores derivados da própria existência do ser humano, vértice do triângulo *povo, território e governo soberano*. Os fundamentos para a adesão aos tratados internacionais são fornecidos pelos mesmos ordenamentos jurídicos, tanto interno quanto internacional, que parecem obstruir a efetivação dos direitos e seus mecanismos de proteção.

Para solucionar tais embates, deverá haver a necessária conciliação entre o Direito interno e o Direito Internacional. Pensamos que tal agregação dos direitos será alcançada se os Estados Partes realizarem o seu direito-dever de punir os infratores pela prática dos crimes de competência do Tribunal. Assim procedendo-se, o Estado Parte exerceria uma função repressiva e o TPI uma sua função preventiva.

²⁵⁴ REZEK, Francisco. O tribunal penal internacional e a constituição brasileira. In: **Revista CEJ**. Brasília: [s.ed.], 2000. N. 11, maio/ago.

O TPI é um projeto criado e construído pela humanidade, cuja magnitude e beleza pode ser ilustrada pelos versos do poeta:

Belo porque é uma porta,
Abrindo-se em mais saídas
Belo como a última onda
Que o fim do mar sempre adia.²⁵⁵

Ademais, não nos olvidemos das palavras do Promotor de Justiça que proferiu a acusação contra os ditadores argentinos, que ao encerrar seu pronunciamento acusatório proferiu:

¡ Señores Jueces ¡ Quiero renunciar expresamente a toda pretención de originalidad para cerrar esta requisitoria. Quiero utilizar una frase que no me pertenece, porque pertenece ya a todo el pueblo argentino:
¡ Señores Jueces, **nunca más** !²⁵⁶

No canto cisne do nosso estudo, por conseguinte, elevamo-nos o pensamento à aspiração de que o Tribunal Penal Internacional represente verdadeiramente a materialização de um instrumento jurídico de proteção aos direitos humanos em âmbito universal. Que não fique restrito apenas aos Estados Partes do Tratado de Roma, mas, respeitando o cosmopolitismo do homem contemporâneo, os Estados e o Tribunal, agindo tanto preventiva quanto repressivamente, rompam fronteiras e alarguem horizontes para impedir que as atrocidades e agressões retirem – sobretudo, dos mais simples cidadãos deste mundo – o sentimento mínimo de, tão somente, ser humano.

Que assim seja !

²⁵⁵ MELO NETO, João Cabral de. **Morte e vida Severina e outros poemas em voz alta**. 31 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1992. p. 111.

²⁵⁶ Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=KHHkwaIe4LE&feature=related>> Acesso em: 25 mai. 2008. [Grifo de nossa autoria].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A criação de uma Corte Internacional Permanente representa um novo meio para a extirpação da impunidade, antiga aspiração dos Estados, que culminou na construção de novos procedimentos na esfera internacional, tendo que enfrentar um grande desafio, que é o de gerar instituições que extrapolem as fronteiras nacionais, caso do Tribunal. Expressa a preocupação com as ações contra a humanidade e as questões postas ao Direito Penal contemporâneo na tipificação, prevenção e punição dos crimes de natureza humanitária. Também, visa demonstrar a necessidade de um Estatuto que crie um sistema permanente de justiça criminal internacional, pois a primazia dos Estados para investigar e julgar os crimes previstos no Estatuto torna o acionamento das jurisdições do TPI restrito às circunstâncias excepcionais que ocasionam dificuldades na sua atuação. Verifica-se, assim, que a eficácia do Tribunal Penal Internacional reclama mais que a simples subscrição do Tratado de Roma pelos Estados. Exige também a ratificação. De outra parte, a incógnita decorrente do confronto entre o Direito Internacional e o Direito interno – ilustrado pelo enfrentamento do princípio da complementaridade com o princípio da soberania dos Estados na persecução criminal e, também, diante da contradição da imprescritibilidade dos crimes perante o Tribunal Penal Internacional com a prescrição prevista na legislação penal dos Estados – fundamenta a intenção da pesquisa sobre a eficácia do Tribunal Penal Internacional.

A Corte Criminal Internacional é um avanço, sem dúvida, no difícil propósito de estancar a impunidade na esfera universal, tendo em vista que, mesmo através dos tribunais *ad hoc*, um sistema internacional de justiça pretendia acabar com a impunidade daqueles que violam o Direito Internacional, tanto em termos repressivos quanto preventivos. O Tribunal Penal Internacional visa sanar as eventuais falhas e insucessos dos Tribunais nacionais, que por vezes deixam impunes seus criminosos, principalmente, quando esses são autoridades estatais que gozam de ampla imunidade, consoante leis internas. Evita-se a criação de tribunais *ad hoc*, instituídos *ex post facto*, dignificando o respeito à garantia do princípio do juiz natural, concedendo instrumentos jurídico-processuais capazes de responsabilizar

individualmente as pessoas condenadas pelo Tribunal, não deixando pairar sobre o planeta a vitória da impunidade. Assim é que uma Justiça Penal Internacional contribuirá, quer interna quer internacionalmente, para a eficácia da proteção dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário.

Relativamente à adesão brasileira ao Estatuto de Roma, não se pode dizer que há inconstitucionalidade, tanto intrínseca quanto extrínseca. Ao contrário, na medida em que o Brasil ratifica uma convenção multilateral que visa trazer o bem-estar que a sociedade internacional reivindica há anos, age com fundamento em sua Constituição, que desde sua promulgação previa a participação do Brasil na criação do Tribunal Penal Internacional, consoante o art. 7º dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias. Está, efetivamente, praticando um ato de soberania. Torna-se inegável, por conseguinte, que as supostas inconstitucionalidades são aparentes.

Surge um novo desafio, entretanto, qual seja, a eficácia do Tribunal Penal Internacional, como de resto, de todos os tribunais internacionais que se criarem. Do contrário, após os fenômenos da *criminalização* e da *penalização* – que não vingaram no combate à criminalidade – estaremos diante de um novo fenômeno, o da *tribunalização*. Uma sociedade internacional justa e digna, baseada nos princípios da igualdade e da legalidade, requer que os sistemas jurídicos nacionais desenvolvam mecanismos processuais eficazes e capazes de, efetivamente, aplicar a justiça em relação aos crimes tipificados no Estatuto de Roma, respeitando-se a dignidade da vítima e do acusado, com julgamentos imparciais por juízes competentes, para que não se verifique a consagração da ‘justiça dos vencedores’, tão indesejável quanto a impunidade.

Tendo em vista a inevitável integração entre os povos, é mister a criação de mecanismos que garantam a paz social. Para a efetivação de toda e qualquer medida de garantia dos direitos fundamentais do ser humano, porém, exige-se que sejam observados determinados requisitos, com vistas a gerar a consciência da juridicidade, que é a própria eficácia do Direito. É inegável que o costume, em se tratando de uma sociedade multicultural, é um componente normativo que precisa ser observado como verdadeiro integrante do ordenamento jurídico, pois, como afirmou Kirchmann²⁵⁷, em conferência célere: *se o direito fosse simplesmente a letra fria da lei, bastaria uma penada do legislador para que uma biblioteca inteira ficasse inutilizada.*

²⁵⁷ KIRCHMANN. *El carácter a-científico de la llamada ciencia del derecho*. In: GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo de direito*. 9. ed. ver. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 16.

A eficácia jurídica, pois, provém da força jurídica ou dos efeitos legais atribuídos ao ato jurídico. Eficácia da lei é a vigência da norma jurídica após sua promulgação, ou em relação ao tempo de sua obrigatoriedade, ou em relação ao território em que passa a vigorar e tem aplicação. A regra de direito deve, por conseguinte, ser formalmente válida e socialmente eficaz. Refere-se, então, eficácia como aptidão de um ato para produzir todos os seus efeitos legais, ou todos os efeitos desejados pelas partes.

Ocorre, todavia, a diferença conceitual entre eficácia jurídica e eficácia social (efetividade) na aplicabilidade das normas. Eficácia social é a capacidade ou a virtude da norma jurídica de ser tida como socialmente obrigatória e, portanto, ter a confiabilidade indispensável para a geração da respeitabilidade e do acatamento da mesma junto à sociedade. Assim sendo, a eficácia a ser perseguida pelo Estatuto de Roma – que em análise derradeira, é a eficácia do próprio TPI – não pode ser apenas a eficácia jurídica, mas conjuntamente, também a eficácia social. Quanto maior a eficácia jurídica, maior deverá ser a eficácia social, do contrário, a sociedade não acolherá a norma, fazendo sucumbir o desiderato maior que é o seu perene cumprimento. Quanto mais efetiva for a aplicação das sanções legais, maior será a eficácia social, pois tal aspecto significa que a respeitabilidade da norma e a sua efetividade social estão presentes.

Com relação à eficácia de Direito interno, há evidente desgaste entre a discussão doutrinária, mormente, entre dualistas e monistas, uma vez que a questão se cinge ao exame da Constituição do país e dos mecanismos por ela adotados para a celebração e ratificação dos tratados. Trata-se, assim, de matéria constitucional, que deve ser harmonizada com o Direito Internacional, devendo-se sempre examinar a Constituição para verificar a constitucionalidade de um tratado e, assim, sua regularidade perante a ordem interna.

A eficácia jurídica internacional de um estatuto penal será alcançada através da punição dos infratores. Não há determinação legal que se sustente se não aplicada adequadamente e no momento próprio. Na mesma esteira, a eficácia social de uma legislação só será alcançada na sua plenitude se gerar um ambiente de confiabilidade, pois um Direito Internacional que não é fundamentado na credibilidade plena da sua jurisdição, construído a partir de um pacto amplo e respeitado, representará a procrastinação das hostilidades, realimentando-se os conflitos através da violência, sem representar, na verdade, solução para as agressões contra os Direitos Humanos.

Verificamos que o costume no âmbito internacional, fonte mais tradicional do Direito Internacional, tem cedido lugar a uma codificação dos tratados internacionais por duas

razões: a evolução dos sistemas regionais internacionais de direitos humanos e a globalização, que remove as fronteiras em favor das relações comerciais entre os países em todo o mundo.

Assim, por toda a relevância e importância dos costumes, não apenas como fonte do direito, mas também sob a forma de norma de conduta, visto que, exatamente por ser costume, cria no meio social a consciência do dever da sua observância, entendemos que o direito consuetudinário enfatiza a cultura de um grupo social. No momento que um determinado fato – a argumentação em um julgamento no Tribunal, por exemplo – representar ameaça a esses ritos culturais, pode representar um elemento de desconfiança social na jurisdição do TPI, podendo parecer a tentativa da imposição de uma cultura dominante sobre outra. A heterogeneidade cultural entre ocidente e oriente – por exemplo, a diversidade religiosa entre cristãos e muçulmanos – é um desafio à eficácia social do TPI, pois há a aplicação de uma norma jurídica no âmbito internacional. Mesmo sendo norma penal, a qual está alicerçada no primado da tipicidade absoluta, o que em um mundo multicultural representa a incessante busca da *paz perpétua* profetizada por Kant.

Não se trata de revogar a lei pelos costumes. Não se trata de revogar os costumes via leis, pois estas poderão estar dissociadas da realidade social. Não se requer a prevalência de um sobre o outro, pleiteia-se a conciliação de ambos, enaltecendo a importância de cada um, para o bem da eficácia do Direito, que representa um impulso da sociedade no desiderato de alcançar a justiça social, com oportunidades iguais para todos. Assim, o Direito despido de eficácia é um novo meio para a proliferação da “justiça dos dominantes”, e mais grave ainda, de forma institucionalizada através de organismos e instituições que não reflitam a aspiração da maioria, mas espelhem a vontade de alguns que se julgam dominadores.

A sociedade reclama pela criação, desenvolvimento e solidificação de mecanismos eficazes e em período pré-crime, guardados e preservados os princípios da legalidade e da anterioridade da lei penal, cujo sustentáculo penal recai sobre essas máximas. De outra parte, não podemos nos olvidar que o multiculturalismo é também um desafio à eficácia, sobretudo social, do TPI, pois não se pode pregar a renúncia à cultura e aos costumes.

Também, impende a necessidade de respeitar-se os Direitos Humanos e, sem resquícios de erro, a melhor maneira é definir previamente os procedimentos penais a serem adotados, estabelecendo-se uma relação de causa e consequência, evitando-se o procedimento processual penal internacional *ad hoc*. O princípio universal da ampla defesa, uma vez respeitado, legitima a adoção de medidas enérgicas no combate aos crimes internacionais, desde que desprovido do aviltamento da integridade física do acusado e do elemento surpresa, no aspecto procedimental acusatório.

É frágil o argumento de que uma legislação internacional penal retiraria dos Estados parcela da soberania, cuja adoção representaria uma afronta ao Direito interno. De uma simples releitura dessa assertiva, com certeza perceberemos que o incremento de uma legislação internacional no ordenamento jurídico nacional traz grandes benefícios à segurança e à paz social. Na realidade, não representará a perda de parte da soberania, mas afirmação desta, já que a lei adotada por um determinado Estado é também aplicável em outros Estados soberanos.

Evitar-se a legislação de improviso – criação de leis *ad hoc* – deve ser um desiderato dos juristas, estadistas e sociedade internacional como um todo, preservando-se, modo inarredável, a confiabilidade do Direito Internacional, a dignidade do acusado e a confiabilidade na punição do infrator penal. A conceituação dos crimes através de terminologia precisa, tipificação fechada ao invés da tipificação aberta, procedimentos processuais acusatórios que garantam a defesa do acusado e concedam aos cidadãos a certeza da averiguação correta das práticas delituosas, em última conseqüência, representam um não universal à impunidade e um sim à paz social.

O Direito só será instrumento de justiça se revestido de eficácia, assim entendido o respeito a um comando legal superior, extirpação de dúvidas, com coercitividade preventiva e repressiva e em grau de representatividade tido como minimamente aceitável.

Devemos propagar o esforço de desvendar uma visão renovada e contemporânea do Direito, caracterizada pela dinâmica interação da ordem jurídica nacional, regional e global, movidas por uma mesma racionalidade e sentido: a absoluta prevalência da dignidade humana. Neste cenário, a crescente internacionalização dos Direitos Humanos passa a invocar os delineamentos de uma cidadania universal, da qual emanam direitos e garantias internacionalmente assegurados. O direito, por conseguinte, deve emoldurar-se aos novos reclamos sociais, tendo em vista que o cidadão se universalizou.

Os obstáculos apontados à eficácia do TPI, ao tempo que desafiam, dão-nos a certeza de que podem ser superados, desde que presente a vontade política para fazer prevalecer os valores maiores derivados da própria existência do ser humano, vértice do triângulo *povo, território e governo soberano*. Os fundamentos para a adesão aos tratados internacionais são fornecidos pelos mesmos ordenamentos jurídicos, tanto interno quanto internacional, que parecem obstruir a efetivação dos Direitos Humanos e seus mecanismos de proteção. Para tanto, deverá haver a necessária conciliação entre o Direito interno e o Direito Internacional, sendo que tal aliança será alcançada se os Estados Partes realizarem o seu direito-dever de

punir os infratores pela prática dos crimes de competência do Tribunal. Assim procedendo-se, o Estado Parte exerceria uma função repressiva e o TPI uma sua função preventiva.

A maior eficácia jurídica e social que todos almejamos, contudo, é que não seja necessário recorrer ao Tribunal Penal Internacional.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de direito internacional público**. Rio de Janeiro: IBGE, 1956.

_____. **Manual de direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 1998.

ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. de. **Curso de direito internacional público**. 12 ed. vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

AMARAL, Augusto Jobim do. Violência e (inter)disciplinariedade: uma abordagem da execução penal no Brasil a partir da sociedade do risco e da (in)segurança midiática. *In: Revista de estudos criminais*. Porto Alegre: PUC-RS, abr./jun. 2005. Ano V, n. 18.

AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo (orgs.). **O direito penal no estatuto de Roma**: leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2005.

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

AMBOS, Kai; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (orgs.). **Tribunal penal internacional possibilidades e desafios**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

AMBOS, Kai. Julgamento de crimes internacionais em âmbito nacional e internacional: entre justiça e Realpolitik. *In: Revista brasileira de direito internacional*. Curitiba: SER/UFPR, 2005. Ano I, n. 1, 1. semestre 2005.

AMBOS, Kai. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/mundo/interna/0,OI3011437-EI294,00.html>> Acesso em: 19 jul. 2008.

AMORIM ARAÚJO, Luís Ivani de, 1923. **Direito internacional penal**: (Delicta Iuris Gentium) Luis Ivoni de Amorim Araújo. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ANNAN, Kofi. **Kofi Annan discursa sobre temas sociais**. Disponível em: <<http://www.propmark.com.br/publique/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?inford=46295&sid=64>>. Acesso em: 25 jun. 2008.

ANTOLISEI, Francesco. **Manual de derecho penal**. 8 ed. Bogotá, Colômbia: [s.ed.], 1988. v. I.

ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim; DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **Direito de família contemporâneo e novos direitos**: estudos em homenagem ao Professor José Russo. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ARAÚJO, Nádia de. **Direito internacional privado**: teoria e prática brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARISTÓTOLES. **A política**. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2005.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. 22 ed. Porto Alegre e Rio de Janeiro: Globo, 1983.

BALMACEDA, Paul Hernández. Aplicação direta dos tipos penais do Estatuto do Tribunal Penal Internacional do direito interno. *In*: AMBOS, Kai; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (orgs.). **Tribunal penal internacional possibilidades e desafios**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

BARCELOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARRAL, Welber. **Tribunais internacionais**: mecanismos contemporâneos de solução de controvérsias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo e Rio de Janeiro: Unisinos e Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**:- limites e possibilidades a constituição brasileira. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Granda. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988.

BAZELAIRE, Jean-Paul & CRETIN, Thierry. **A justiça penal internacional**: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia. Tradução de Luciana Pinto Venâncio. Barueri: Manole, 2004.

BECCARIA, Cesare Bonesana. Marchesi de. **Dos delitos e das penas**. Tradução Lucia Guidicini, Alessandro Beni Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BEDIN, Gilmar Antonio [et al.]. **Paradigmas das relações internacionais**: realismo – idealismo – dependência – interdependência. 2 ed. rev. Ijuí: Unijuí, 2004.

BEHRENS, Hans-Jörg. Investigação, julgamento e recurso. *In*: AMBOS, Kai & CHOUKR, Fauzi Hassan. **Tribunal penal internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. **Pillares, instituições de direito e processo penal**. 2008.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Criminologia e direito**. Rio de Janeiro: Rio, 1983.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Tratado de direito penal** vol. 2. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10 ed. UNB: 1997.

_____. **Teoria generale del derecho**. Tradução José Guerrero R. 3 ed. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 39 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Código Penal. Processo Penal e Constituição Federal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. Tomo III.

CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). **Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty**. ed. Fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2000. v. II.

CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antonio Paulo. **O poder de celebrar tratados**: competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional brasileiro. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995.

_____. **O tribunal penal internacional e a constituição brasileira**. O que é o Tribunal Penal Internacional. Brasília: Câmara dos Deputados/Coordenação de Publicações, 2000.

CALLEGARI, André Luiz; STREK, Lênio Luiz (orgs.). **Direito penal em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. vol. I e II. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DELMANTO, Celso [et al]. **Código penal comentado**. 6 ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos**: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Tratado de direito internacional e direitos humanos.** 2 ed. v. I Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena.** Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

_____. De la voluntad em el delito. *In: Revista síntese de direito penal e processual penal.* Porto Alegre: Síntese, v. 25, n. 25, abr./mai., 2004.

_____. **As misérias do processo penal.** Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell Editores, 2007.

CARVALHO, Amiltom Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo.** 2 ed. ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário:** fundamentos jurídicos da incidência. São Paulo: Saraiva, 1998.

CARVALHO, Salo de. **Crítica à execução penal:** doutrina, jurisprudência e projetos legislativos. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

_____. **Penas e garantias.** 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

CASSESE, Antonio; MIREILLE, Delmas-Marty. (orgs.). **Crimes internacionais e jurisdições internacionais.** Tradução de Silvio Antunha. Barueri, SP: Manole, 2004.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Juiz “sem cara”. *In: Revista síntese de direito penal e processual penal.* Porto Alegre: Síntese, 2003. v. 21, n. 21, ago./set.

CHOUKR, Fauzi Hassan. O Ministério Público e o Tribunal Penal Internacional: Análise do Tratado de Roma. *In: AMBOS, Kai & CHOUKR, Fauzi Hassan. Tribunal penal internacional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Walter. **Teoria geral do crime.** v. I. 2. ed. rev. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

CUEVA, Eduardo. **Impunidad o justicia?** América Latina Frente al Reto de la Corte Penal Internacional. Disponível em: <<http://www.derechos.org/nizkor/impu/tpi/eduardo.html>>. Acesso em: 06 out. 2007.

DELGADO, Isabel Linora; MARTINEZ, Magdalena M. Martín. **La corte penal internacional:** justicia *versus* impunidad. Barcelona: Ariel, 2001.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum.** Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. (org.). **Processo penal e direitos do homem:** rumo à consciência europeia. Tradução Fernando de Freitas Franco. Barueri: Manole, 2004.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza (coord.). **Curso de direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Luís Ivani de Amorim Araújo pelo seu 80º aniversário.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____; AMORIM ARAÚJO, Luís Ivani. **Lei de introdução ao código civil brasileiro comentada.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____; _____. **Direito de família contemporâneo e novos direitos: estudos em homenagem ao Professor José Russo.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Curso de direito internacional público.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **A extradição no alvorecer do século XXI.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DEZ anos após criação, TPI ainda não julgou ninguém. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/mundo/interna/0,OI3011437-EI294,00.html>>. Acesso em: 19 jul. 2008.

ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991.

_____. **O processo civilizador.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

FEDERAL, Conselho da Justiça. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero11/agosto2000.htm>>. Acesso em: 14 mai. 2007.

FELDENS, Luciano. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/mundo/interna/0,OI3011437-EI294,00.html>>. Acesso em: 19 jul. 2008.

FELIPE, Donaldo J. **Dicionário de expressões latinas.** Campinas: Julex Livros Ltda, 1985.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho e razón: teoria del garantismo penal.** Madrid: Trotta, 1995.

_____. **La crisis de la democracia en la era de la globalización.** Derecho y justicia en una sociedad global. Granada, España: IVR, mayo 2005. Universidad de Camerino (Itália).

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito.** 2 ed. São Paulo: Atlas, 1994.

_____. Teoria da norma jurídica: um modelo pragmático. *In: A norma jurídica* (coletânea), 1980.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa.** 3 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FERRI, Enrico. **Discursos de acusação** (ao lado das vítimas). São Paulo: Martin Claret, 2005.

_____. **Discursos de forenses** (defesas penais). São Paulo: Martin Claret, 2005.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal.** 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. Tribunal Penal Internacional: a diferença da concepção teórica e atuação prática do Brasil em comparação com os EUA. *In: Revista brasileira de direito internacional*. Curitiba: SER/UFPR, 2005. Ano I, n 1, 1 semestre.

FRAGA, Mirtô. **O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. XIII.

FRONZA, Emmanuela; MALARINO, Ezequiel. Problemas de Determinação da Norma Penal e Solução de Interpretação em Textos Penais Plurilíngües no Exemplo do Estatuto de Roma. *In: AMBOS, Kai; JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. (orgs.). In: Tribunal penal internacional: possibilidades e desafios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FRULLI, Micaela. O Direito Internacional e os obstáculos à implantação de responsabilidade penal para crimes internacionais. *In: CASSESE, Antonio; MIREILLE, Delmas-Marty (orgs.). In: Crimes internacionais e jurisdições internacionais*. Tradução de Silvio Antunha. Barueri: Manole, 2004.

FURASTÉ, Pedro Augusto. **Normas técnicas para o trabalho científico: elaboração e formatação**. Explicitação das normas da ABNT. 14 ed. Porto Alegre: [S. n.], 2007.

GAUER, Gabriel J. Chittó. GAUER, Ruth M. Chittó (orgs.). **A fenomenologia da violência**. 1 ed., 3 tir. Curitiba: Juruá, 2003.

GHIDALEVICH, Fabíola Girão Monteconrado. O Estatuto de Roma e a aparente violação à soberania dos Estados: a superação das divergências existentes da legislação brasileira. *In: DEL'OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luíz Ivani de Amorim (coords.) Direito de família contemporâneo e novos direitos: estudos em homenagem ao Professor José Russo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GIBRAN, Gibran Khalil. **O profeta**. Tradução de Bettina Gertrum Becker. Porto Alegre: L&PM, 2001.

GIDDENS, Anthony. **Sociology**. Oxford: Polity Press, 1990.

_____. **A terceira via**. Rio de Janeiro: Record, 2005.

GOMES, Luiz Flávio, PIOVESAN, Flávia. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: RT, 2000.

_____. Dois juízes tombados: o crime organizado está derrotando o estado oficial? *In: Revista síntese de direito penal e processual penal*. Porto Alegre: Síntese, 2003. v. 20, n. 20, jun./jul.

GORAIEB, Elizabeth. Tribunal Penal Internacional: uma conquista contra a impunidade. *In: DEL'OLMO, Florisbal de Souza (coord.). Curso de Direito Internacional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de direito internacional público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GRAMMER, Cristoph. O sistema do Estatuto de Roma como força motriz do direito penal internacional. *In*: AMBOS, Kai; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (orgs.). **Tribunal penal internacional possibilidades e desafios**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988** (Interpretação e Crítica). 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz**. Ijuí: Unijuí, 2004. 2 v.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. **Tratados internacionais em matéria tributária e ordem interna**. São Paulo: Dialética, 1999.

GUEIROS SOUZA, Artur de Brito. Reservas ao Estatuto de Roma: uma análise do direito de reservas aos tratados multilaterais e seus reflexos no Estatuto do Tribunal Penal Internacional. *In*: AMBOS, Kai; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (orgs.). **Tribunal penal internacional possibilidades e desafios**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo de direito**. 9 ed. ver. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2001.

_____. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HALL, Stuart. **Da diáspora**: identidades e mediações culturais. Belo Horizonte: UFMG/ Humanitas, 2003.

_____. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução Tomaz Tadeu da Silva e Guaracira Lopes Louro. 10 ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.

HURRELL, Andrew. **Sociedade internacional e governança global**. n. 46. São Paulo: Lua Nova, 1999.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Tradução de João Vasconcelos. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

INTERNACIONAL, Tribunal Penal. Disponível em: < <http://www.un.org/icc/index.htm>>. Acesso em: 09 out. 2007.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo**: noções e críticas. Organização e tradução. André Luiz Callegari, Nereu Giacomolli. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. **O tribunal penal internacional**. A internacionalização do Direito Penal. Rio de Janeiro: Lumen Iuris: 2004.

_____. **O tribunal penal internacional**: a internacionalização do direito penal. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

JARASCH, Frank. Estabelecimento, organização e financiamento do CIC e as cláusulas finais (parte I, IV, XI e XIII). *In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. (orgs.) **Tribunal penal internacional***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JARDIM, Tarciso Dal Maso. O Tribunal Penal Internacional e sua importância para os direitos humanos. *In: **O que é o tribunal penal internacional***. Brasília: Câmara dos Deputados/Coordenação de Publicações, 2000. (Série ação parlamentar, nº 110).

JUSTIÇA, Superior Tribunal de. Disponível em: < www.stj.gov.br/portal_stj/publicação>. Acesso em: 28 fev. 2007.

KANT, Immanuel **À paz perpétua e outros opúsculos**. São Paulo: Edições 70, 1995.

_____. **À Paz perpétua**. Tradução: Marco A. Zingano. Porto Alegre: L&PM, 1989.

KAUL, Hans-Peter. A Corte Internacional criminal: a luta pela sua instalação e seus escopos. *In: AMBOS, Kai & CHOUKR, Fauzi Hassan. **Tribunal penal internacional***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Derecho y paz en las relaciones internacionales**. Tradução Florencio Acosta. Prólogo de Luis Recasens Siches. Panuco: Fundo de Cultura Econômica, 1996.

LACAMBRA, Luí Legaz y. **Filosofia del derecho**. Barcelona: Bosch, 1972.

LARENS, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução José Lamego. 3 ed. Coimbra: Fundação Caloute Gulbenkian, 1997.

LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre a democracia, revolução e liberdade. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991a.

MACHUCA, Silvia Helena. A paz armada na geração de conflitos. *In: **Revista de direito social***. Porto Alegre: Fonte do Direito, 2006. Abr/jun. Ano VI, nº 22.

MAFESSOLI, Michel. **O tempo das tribos**: o declínio do individualismo nas sociedades de massa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

MAGALHÃES, José Carlos de. **O supremo tribunal federal e o direito internacional**: uma análise crítica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MAIA, Marrielle. **Tribunal penal internacional**: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementariedade. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do estado**. 13 ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1982.

MAZZUOLI, Valério Oliveira. **Tratados internacionais**: com comentários à Convenção de Viena de 1969. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

- _____. (org.). **Coletânea de direito internacional**. 2 ed. ampl. São Paulo: RT, 2004.
- _____. **Tratados internacionais**: com comentários à Convenção de Viena de 1969. 2 ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
- _____. O tribunal penal internacional e as perspectivas para a proteção internacional dos direitos humanos no século XXI. *In*: AMBOS, Kai; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (orgs.). **Tribunal Penal Internacional possibilidades e desafios**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.
- _____. **O tribunal penal internacional e o direito brasileiro**. São Paulo: Premier Máxima, 2005.
- _____. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: RT, 1980.
- MELO NETO, João Cabral de. **Morte e vida Severina e outros poemas em voz alta**. 31 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1992.
- MENÉNDEZ, Fernando M. Mariño. **Derecho internacional público** (parte general). Madrid: Editorial Trotta, 1995.
- MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Tradução Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo; prefácio Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
- MONTESQUIEU. **O espírito das leis**: textos escolhidos com notas de Voltaire e outros pensadores. Tradução de Luiz Fernando de Abreu Rodrigues. Curitiba: Juruá, 2006.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais**: o estado e o direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- NOTÁVEIS do Direito Penal. **Livro em homenagem ao emérito Professor René Ariel Dotti**. Prólogo de Eugenio Raúl Zaffaroni. Brasília: Consulex, 2006.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- OLIVEIRA, Roberto Cardoso. Os (des)caminhos da identidade. *In*: **Revista brasileira de ciências sociais**. São Paulo: [S.ed.], 2000.
- RANGEL, Vicente Marotta. Os Conflitos entre o Direito Interno e os Tratados Internacionais.

In: BSBDI, 1967. n° 44-45, pp. 29-64.

RAWLS, John. **O direito dos povos**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Teoria tridimensional do direito**. 4 ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1986.

REVISTA, Trimestral de Jurisprudência. *In: RTJ n° 115*. Brasília, DF: STF. 13 fev. 2003.

REZEK, Francisco. O tribunal penal internacional e a constituição brasileira. *In: Revista CEJ*. Brasília: [S.ed.], 2000. n° 11, maio/ago

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Princípio da complementaridade e soberania. *In: Seminário Internacional O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira*. Brasília-DF: Superior Tribunal de Justiça, 1999. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero11/agosto2000.htm>>. Acesso em: 14 mai. 2007.

RIDRUEJO, José Antonio Pastor. **Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales**. 7 ed. Madrid, 1999.

RIO GRANDE DO SUL, Ministério Público do. **Notas sobre a suspensão do processo e do curso da prescrição na lei n. 9.271/96**. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/criminal/doutrina/id37.htm>>. Acesso em: 23 jun. 2007.

ROSS, Alf. **El concepto de validez y otros nsayos**. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1969.

_____. **Direito e justiça**. Tradução Leandro Mascaro. Bauru: EDIPRO, 2000.

ROXIN, Claus. La estructura de la teoria del delito. *In: Derecho penal, parte geral, fundamentos*. Madrid: Civitas, 1999. t. I.

_____. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SABÓIA, Gilberto Vergne. **A criação do Tribunal Penal Internacional**. Texto produzido pelo autor, baseado em conferência proferida n *In: Seminário internacional – o tribunal penal internacional e a constituição brasileira*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, 1999. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero11/agosto2000.htm>>. Acesso em: 21 fev. 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A globalização e as ciências sociais**. 3 ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SANTOS, José Afonso Tavares dos; BARREIRA, César; BAUMGARTEN, Maíra. (organizadores). **Crise social & multiculturalismo**: estudos de sociologia do século XX. São Paulo: Hucitec, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHABAS, William A. Princípios gerais de direito penal. *In*: AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. **Tribunal penal internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. v. 1. Parte geral. 7 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Princípios do processo de formação das leis no direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

SILVA, Marco Aurélio Lopes Ferreira da. Responsabilidade pelo risco de desenvolvimento. *In*: **Revista jurídica**. Porto Alegre: Fonte do Direito, julho 2006. Ano 54. N. 345.

SMITH, Guadalupe Ramos. Imputabilidade e periculosidade. *In*: **Revista síntese de direito penal e processual penal**. Porto Alegre: Síntese, 2004. v. 23, n. 23, dez./jan.

SOIBELMAN, Leib. Enciclopédia Jurídica Eletrônica. *In*: **Verbetes "validade e eficácia do direito"**. São Paulo: Saraiva, 1997.

SÖNHGEN, Clarice Costa. A argumentação jurídica: uma nova racionalidade à exclusão da violência. *In*: **Revista de estudos criminais**. Porto Alegre: Fonte do Direito, abr./jun. 2005. Ano V. N 18.

STEINER, Sílvia Helena de Figueiredo. **A convenção americana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2.000.

_____. O perfil do juiz no Tribunal Penal Internacional. *In*: AMBOS, Kai & CHOUKR, Fauzi Hassan. *In*: **Tribunal penal internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

STEINER, Sílvia. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/mundo/interna/0,OI3011437-EI294,00.html>>. Acesso em: 19 jul. 2008.

STOCK, Bárbara Sordi. Eficiência do Processo Penal: Uma breve leitura a partir da dicotomia tempo das relações sociais e tempo do direito. *In*: **Revista de estudos criminais**. Porto Alegre: PUC-RS, abr./jun. 2005. Ano V. N 18.

STREK, Lênio (org.). **Direito penal em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TAQUARY, Eneida Orbage de Brito. **Tribunal penal internacional & a emenda constitucional 45/04**. Curitiba: Juruá, 2008.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TRIPPO, Mara Regina. **Imprescritibilidade penal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

TROOST, Lars van. Disponível em <<http://noticias.terra.com.br/mundo/interna/0,OI3011437-EI294,00.html>> Acesso em: 19 jul. 2008.

VELOSO, Fábio Geraldo. Políticos, mídia e fenômeno criminal no Brasil. *In: Revista Jurídica*. N. 345. São Paulo: Fonte do Direito, 2006.

VÍDEOS. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=KHHkwaIe4LE&feature=related>> Acesso em: 25 mai. 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Realinhamento constitucional. *In: Direito global*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

VIEIRA, Padre Antônio. **Sermões**: a arte da retórica. 1 ed. Campinas: Russell, 2006.

VITRAL, Waldir. **Vocabulário jurídico**. v. V. A-Z. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

WEBER, Max. **Ciência e política**: duas vocações. São Paulo: Editora Martin Claret, 2005.

WUNDERLICH, Alexandre Lima. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/mundo/interna/0,OI3011437-EI294,00.html>> Acesso em: 19 jul. 2008.

ZAFFARONI, Eugénio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 4 ed. São Paulo: RT, 2002.