

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ

SÉRGIO REIS COELHO

**SOCIEDADES PLURAIS E UNIVERSALISMO: POSSIBILIDADES DE
FUNDAMENTAÇÃO DA JURISDIÇÃO PENAL INTERNACIONAL**

CURITIBA

2008

SÉRGIO REIS COELHO

**SOCIEDADES PLURAIS E UNIVERSALISMO: POSSIBILIDADES DE
FUNDAMENTAÇÃO DA JURISDIÇÃO PENAL INTERNACIONAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação, Pesquisa e Extensão em Direito, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Katya Kozicki

CURITIBA

2008

SÉRGIO REIS COELHO

**SOCIEDADES PLURAIS E UNIVERSALISMO: POSSIBILIDADES DE
FUNDAMENTAÇÃO DA JURISDIÇÃO PENAL INTERNACIONAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação, Pesquisa e Extensão em Direito, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Profa. Dra. Katya Kozicki
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Profa. Dra. Flávia Cristina Piovesan
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Profa. Dra. Vera Karam de Chueiri
Universidade Federal do Paraná - Convidada

Curitiba, 28 de fevereiro de 2008

AGRADECIMENTOS

O momento de agradecer, de reconhecer as pessoas que foram importantes durante a elaboração do trabalho, e sem as quais nada teria se realizado, é um dos poucos espaços em que o autor pode fazer um balanço das dificuldades e prestar conta de sua gratidão.

Expressar agradecimentos é sempre uma tarefa perigosa. Corre-se o risco de realizá-la mal, de forma incompleta, parcial, ou, ao contrário, de supervalorizar alguém que, por descuido, ou mesmo, por ingenuidade do que realiza a deferência não tem tanta importância assim, não a merece. Tenho certeza que esse último pecado não realizei, mas se cometi o primeiro esquecendo ou omitindo alguém, de antemão, peço desculpa.

O meu primeiro agradecimento e, sem dúvida, o mais importante é para a minha família, para essas poucas pessoas que são o ponto de referência de minhas ações. Foram elas que sentiram saudades quando me ausentei; ficaram felizes a cada retorno, mas nunca deixaram de apoiar minhas decisões.

À minha orientadora, a professora Katya Kozicki, uma amiga que com sua paciência, suas lúcidas orientações e conselhos me permitiu chegar a este momento. Obrigado Professora!

Ao amigo Charlie Chan Andrade de Oliveira, Promotor de Justiça do Estado do Piauí, por todo seu apoio. Sem a sua ajuda nada teria acontecido.

À todos os professores do programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, em particular, aos professores Rodrigo Sánchez Rios, Flávia Cristina Piovesan, Fabiane Lopes Bueno Netto Bessa e Cláudia Maria Barbosa com os quais muito refleti e, principalmente, aprendi sobre o direito e a vida.

À Eva e Isabel, funcionárias do mestrado da PUCPR, por todo seu zelo e extrema dedicação. Nunca uma pergunta ficou sem resposta para essas duas. Obrigado de coração.

Ao Nilson, marido da Isabel, pelas sugestões e correções na redação deste trabalho.

Aos colegas e amigos que fiz na PUCPR e em Curitiba, os quais, à sua maneira contribuíram para a realização dessa dissertação.

Aos Amigos do Maranhão e do Piauí, minhas moradas. Obrigado por todo o afeto.

A fonte de um genocídio o senhor jamais verá, está enterrada bem fundo nos rancores, sob um acúmulo de desentendimentos dos quais herdamos o último. Chegamos à idade adulta no pior momento da história de Ruanda, fomos educados na obediência absoluta, no ódio, fomos entupidos de fórmulas, somos uma geração sem sorte.

Joseph-Désire Bitero

Cada um se despediu da vida da maneira que lhe era mais convincente. Uns rezaram, outros se embebedaram; mergulharam alguns em nefanda, derradeira paixão. As mães, porém, ficaram acordadas para preparar com esmero as provisões para a viagem, deram banho nas crianças, arrumaram as malas, e, ao alvorecer, o arame farpado estava cheio de roupinhas penduradas para secar. Elas não esqueceram as fraldas, os brinquedos, os travesseiros, nem todas as pequenas coisas necessárias às crianças e que as mães conhecem tão bem. Será que vocês não fariam o mesmo? Se estivessem para ser mortos, amanhã, junto com seus filhos, será que hoje não lhes dariam de comer?

Primo Levi

RESUMO

O objetivo deste trabalho é tratar da fundamentação que está na base do Tribunal Penal Internacional, a partir da inter-relação entre a teoria dos direitos humanos e a jurisdição penal internacional e tendo por pressuposto a análise de seus aspectos históricos, filosóficos e penais. Em um primeiro momento, procede-se ao estudo das perspectivas históricas e filosóficas sobre a jurisdição penal internacional, ressaltando-se a discussão a respeito da fundamentação dos direitos humanos a partir dos critérios universalista e particularista, bem como a viabilidade de uma fundamentação ético-política. É tratada também a contribuição kantiana com seus conceitos de paz perpétua e cosmopolitismo, além dos antecedentes históricos do tema, debatendo-se os Tribunais Militares de Nuremberg e de Tóquio, a guerra fria e os recentes Tribunais para a antiga Iugoslávia e Ruanda. Em um segundo momento, realiza-se uma análise dos principais aspectos materiais e processuais previstos no Estatuto. Exploram-se aqui os princípios gerais que norteiam a atuação do TPI, a competência, a estrutura administrativa e judicial da Corte, o Ministério Público, bem como a fase de julgamento e de recurso. Em terceiro lugar, é abordado o discurso penalista que consta da Carta de Roma; analisam-se então os princípios penais consagrados e a competência material prevista. Nessa ocasião, busca-se demonstrar não ser o discurso penal o mais adequado para a compreensão da sistemática material e processual inaugurada pelo TPI. Por fim, conclui-se que a fundamentação da Jurisdição Penal Internacional deve ser buscada no interior da teoria dos direitos humanos e não no discurso do direito penal, defendendo-se que a edificação do Tribunal Penal Internacional significa mais uma instância para o reforço, promoção e defesa dos direitos humanos.

Palavras-chaves: Direitos Humanos. Jurisdição Penal Internacional. Fundamentação. Universalismo. Particularismo.

ABSTRACT

The objective of this paper is to treat of the fundamentation that is in the base of the International Penal Tribunal, starting from the interrelation between the theory of the human rights and the international criminal court and having as presupposition the analysis of their historical, philosophical and penal aspects. Firstly, it proceed to the study of the historical and philosophical perspectives on the international criminal court, being emphasized the discussion regarding the fundamentation of the human rights starting from the universal and particular criteria, as well as the viability of an ethical-politics fundamentation. It is also treated the Kantian contribution with their concepts of perpetual peace and cosmopolitanism, besides the historical antecedents of the theme, struggling the Military Courts of Nuremberg and of Tokyo, the Cold War and the recent Tribunals for former Yugoslavia and Rwanda. Secondly, it takes place an analysis of the main material and procedural aspects foreseen in the Statute. They are explored the general principles that orientate the performance of the International Penal Tribunal, the competence, the administrative and judicial structure of the Court, the Public Prosecution Service, as well as the judgement an the resource phase. Thirdly, it is approached the speech penologist that consists of the Rome Statute; they are analyzed the consecrated penal principles and the foreseen material competence. On that occasion, it is looked for to demonstrate not to be the penal speech the most appropriate for the understanding of the material and procedural systematic inaugurated by the International Penal Tribunal. Finally, the conclusion is that the fundamentation of the International Criminal Court should be looked for inside the theory of the human rights and not in the speech of the criminal law, defending that the construction of the International Penal Tribunal means one more instance for the reinforcement, promotion and defense of the human rights.

Keywords: Human rights. International criminal court. Fundamentation. Universalism. Particularism.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CIJ – Corte Internacional de Justiça

CDI – Comissão de Direito Internacional

FAO – *Food and Agriculture Organization* – Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura.

FPR – Frente Patriótica Ruandense.

ICTR - *International Criminal Tribunal for Rwanda* - Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

ICTY – *International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia* - Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia.

ICC - International Criminal Court

ONU – Organização das Nações Unidas

TPI – Tribunal Penal Internacional.

TPII – Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia.

TPIR – Tribunal Penal Internacional para Ruanda

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 PERSPECTIVAS HISTÓRICAS E FILOSÓFICAS SOBRE A JURISDIÇÃO PENAL INTERNACIONAL.....	15
2.1 BREVE LEITURA DA MODERNIDADE	15
2.2 A CONTRIBUIÇÃO KANTIANA: A PAZ PERPÉTUA E O COSMOPOLITISMO	23
2.3 SOBRE A FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: O UNIVERSALISMO E AS PERSPECTIVAS DO PARTICULARISMO	26
2.4 OS TRIBUNAIS DE NUREMBERG E DE TÓQUIO	36
2.5 A ONU NO CAMINHO DA JURISDIÇÃO PENAL INTERNACIONAL: CONTRIBUIÇÕES E ENTRAVES.....	43
2.6 OS TRIBUNAIS PENAIS INTERNACIONAIS AD HOC.....	49
2.6.1 O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia.....	49
2.6.2 O Tribunal Penal Internacional para Ruanda	53
2.7 A JURISDIÇÃO BELGA SOBRE CRIMES CONTRA A HUMANIDADE	57
2.8 A CONFERÊNCIA DIPLOMÁTICA DE ROMA E A CRIAÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.....	61
3 DA ORGANIZAÇÃO, DO PROCESSO E DO JULGAMENTO PELA CORTE.....	67
3.1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS.....	67
3.2 PRINCÍPIOS GERAIS QUE NORTEIAM A ATUAÇÃO DO TPI	69
3.2.1 Presunção de inocência	71
3.2.2 Independência e imparcialidade judicial	73
3.2.3 Necessidade de um julgamento rápido e justo	75
3.2.4 Impossibilidade de julgamento à revelia.....	78
3.3 DA COMPETÊNCIA	80
3.3.1 Competência <i>ratione temporis</i>.....	80
3.3.2 Competência <i>ratione personae</i>	82
3.3.3 Competência <i>ratione materiae</i>	84
3.4 A ESTRUTURA ADMINISTRATIVA E JUDICIAL DA CORTE	84
3.5 DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.....	89
3.5.1 Das características gerais	89

3.5.2 Da atuação funcional	92
3.5.3 Do alcance do princípio da obrigatoriedade da ação penal e da admissibilidade da acusação	94
3.6 DO JULGAMENTO E DOS RECURSOS	97
3.7 NOTAS CONCLUSIVAS	103
4 ASPECTOS PENAIIS DO ESTATUTO DE ROMA.....	105
4.1 DOS FUNDAMENTOS DO DISCURSO PENAL DO ESTATUTO DE ROMA...	105
4.2 DOS PRINCÍPIOS PENAIIS ADOTADOS PELO ESTATUTO DE ROMA.....	109
4.2.1 Dos princípios gerais de Direito Penal constantes no Estatuto	110
4.2.1.1 Princípio da legalidade e da não-retroatividade	110
4.2.1.2 Princípio da responsabilidade penal internacional individual	113
4.2.2 Princípios penais específicos na Carta de Roma.....	116
4.2.2.1 Inimputabilidade penal dos menores de 18 anos.....	116
4.2.2.2 Irrelevância de cargo ou função	118
4.2.2.3 A responsabilidade dos comandantes e superiores.....	118
4.2.2.4 A imprescritibilidade dos crimes do Estatuto.....	120
4.3 A COMPETÊNCIA MATERIAL DO ESTATUTO DE ROMA.....	122
4.3.1 Critérios para a definição da competência do Estatuto.....	122
4.3.2 Crime de genocídio	124
4.3.3 Crimes contra a humanidade	127
4.3.4 Crimes de guerra.....	130
4.3.5 Crime de agressão	132
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	135
REFERÊNCIAS.....	138
APÊNDICE.....	147
ANEXOS	150

1 INTRODUÇÃO

A teoria das relações internacionais é vista, tradicionalmente, a partir de duas concepções clássicas bem definidas: por um lado, o realismo que vai ter seu fundamento primeiro nas idéias de Maquiavel e contemporaneamente na obra de Hans Morgenthau¹; e de outro lado, o racionalismo ligado ao pensamento kantiano e representado hoje por autores como Martin Wight² e Hedley Bull³.

Para os realistas, as relações entre os países se caracterizam pela guerra de todos contra todos, em que qualquer tentativa de estabelecer uma ordem internacional é precária, pois é uma decorrência do conflito entre os Estados na disputa de seus interesses individuais. Segundo esta escola, o que mantém a coesão e impede os conflitos interestatais é, tão-somente, o poder. Impera a desconfiança e a instabilidade na ordem mundial.

Consoante o diplomata Gelson Fonseca Jr⁴:

Para alguns, na esteira de Maquiavel, de Hobbes, ou mesmo de Freud, o caráter "ambicioso" do homem é imutável, contaminando as suas criações (entre as quais o Estado); o fenômeno da guerra seria, portanto, permanente. Mudariam as conjunturas históricas, mas não mudaria a tendência "belicista" da natureza humana, que, em certas circunstâncias, esqueceria os "constrangimentos éticos" e faria uso de qualquer instrumento — especialmente os militares — para fazer valer os seus "interesses vitais". A história é cíclica, e o homem e as instituições que cria não se "aperfeiçoam". Os ganhos científicos e técnicos não corresponderiam a aperfeiçoamentos éticos ou institucionais. O "realismo", escola que tem hegemonia no campo da TRI, é a melhor expressão dessa visão de mundo e vai tratar de examinar as garantias de poder que o Estado constitui para se precaver de uma ameaça latente no sistema internacional, a guerra, razão pela qual os Estados mantêm Forças Armadas permanentes.

Diversamente, a escola racionalista parte da concepção de que a ordem internacional pode ser mantida por instituições internacionais. Ela não desconhece

¹ Hans Joachim Morgenthau (1904 – 1980) foi o principal expoente do realismo. É autor de *Política entre Nações*, obra que é um marco para o estudo das relações internacionais, e na qual formula os famosos 06 princípios do realismo político.

² Robert James Martin Wight (26 de novembro de 1913-1972) foi um dos mais importantes teóricos ingleses no campo das relações internacionais no século XX. Suas obras principais são *Power Politics* escrita em 1946 e o ensaio *why is there no international theory?* de 1966.

³ Hedley Bull (10 de junho de 1932 – 18 de maio de 1985) foi professor de relações internacionais na Australian National University, na London School of Economics, e na University of Oxford até sua morte em 1985. A sua obra principal é *The Anarchical Society* (1977) em que trata da sociedade de Estados que caracteriza a arena internacional

⁴ FONSECA JR, 1994.

as disputas de poder e o estado de beligerância latente em que vivem as nações, mas propõe que elas podem ser contornadas pela cooperação entre os Estados. Dessa forma, defende que “a esperança e a cooperação são, assim, as regras de conduta do estadista *racionalista*. Ele seria, idealmente, um transformador das harmonias em instituições permanentes”⁵.

É dentro dessa tensão, em que se sustentam as relações entre os países, e na cada vez mais acentuada complexidade da sociedade moderna, na qual o número de atores internacionais (Estados, ONGs, empresas transnacionais, etc.) aumenta vertiginosamente, ao mesmo tempo que a cooperação internacional e os conflitos de poder, que emerge o Tribunal Penal Internacional.

Criado pelo Estatuto de Roma, na Convenção dos Plenipotenciários das Nações Unidas que ocorreu nessa cidade em 1998, o Tribunal Penal Internacional é, sem sombra de dúvida, a mais importante criação no âmbito internacional desde a Organização das Nações Unidas em 1948.

Fruto de uma longa evolução, na qual a comunidade internacional debatia a possibilidade de uma entidade apta ao julgamento de delitos que afetassem de forma grave a ordem mundial, e que ganhou força após os desmandos nazistas na Segunda Guerra Mundial e, mais recentemente, com as graves violações aos direitos humanos promovidas em Ruanda e na Ex-Iugoslávia, o Tribunal surge como uma instituição permanente, independente e descompromissada, com competência para o processo e julgamento dos crimes que, de forma mais contundente, afetam a ordem internacional.

A tarefa incumbida ao TPI não é das mais fáceis. Inserido em um contexto mundial no qual ainda há muito a avançar na temática dos direitos humanos e em que é patente o desequilíbrio democrático entre os países, a Corte terá à sua frente muitos problemas a enfrentar. Essa realidade já ficou evidenciada durante a Conferência de Roma, quando países importantes, e que detêm a maior parte da população mundial, a exemplo dos EUA, da China, da Índia, da Rússia, etc. decidiram não fazer parte do Tribunal.

Nesse sentido, o objetivo deste trabalho é compreender o que está na base de instituições como o TPI, ou seja, busca-se aqui investigar a sua fundamentação,

⁵ FONSECA JR, 1994.

bem como entender de que forma o Tribunal se insere na discussão contemporânea sobre os direitos humanos.

Na tentativa de alcançar tal finalidade, optou-se por abordar o tema da seguinte forma: Em um primeiro momento, serão apresentadas as perspectivas históricas e filosóficas que dão sustentação à temática, oportunidade em que se discutirá, brevemente, o significado da modernidade, o pensamento de Immanuel Kant e, sobretudo, seus conceitos de Paz Perpétua e de Cosmopolitismo, a problemática da fundamentação dos direitos humanos, o papel da ONU no caminho da jurisdição penal internacional, os antecedentes históricos (os julgamentos de Nuremberg, de Tóquio e os Tribunais ad hoc para a antiga Iugoslávia e Ruanda), a legislação belga sobre crimes contra a humanidade e, por último, será tratada a Conferência Diplomática que criou a Corte Penal Internacional. Na segunda parte do trabalho, será realizada uma análise do Estatuto em que se cuidarão de vários tópicos e institutos previstos ao longo do texto. É o momento de se examinar os princípios gerais que norteiam a atuação do TPI, a competência, a estrutura administrativa e judicial da Corte, o Ministério Público, a fase de julgamento e de recurso. Finalmente, na última parte da dissertação, serão analisados os aspectos penais da Carta de Roma; ocasião, em que tratará da impossibilidade de uma fundamentação penal para o Estatuto e se versará sobre os princípios penais (gerais e específicos) e sua competência material (crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra e de agressão).

Desse modo, o que se pretende com este trabalho é demonstrar que a fundamentação do Tribunal Penal Internacional deve ser buscada dentro da teoria dos direitos humanos e não nos limites do discurso penalista. A proposta aqui expressa é que apesar de a Corte ter utilizado a linguagem do direito penal, isso não significa que a sua natureza seja penalista ou que deva ser entendida com os critérios do direito criminal, mas sim que o sistema criado em Roma introduz um novo sistema jurídico-penal que se analisado apenas sob a ótica do direito penal resta incongruente.

Como afirma Garapon⁶

A justiça penal internacional é impulsionada por uma sensibilidade nova que se desenvolve nos países democráticos, mas que se propaga noutras

⁶ GARAPON, 2002, p. 97.

paragens, mais exactamente, em praticamente todas as outras nações do mundo. De igual modo, alimenta-se do aparecimento de violências inéditas: as atrocidades em massa ocorridas ao longo do século XX, das quais a mais marcante foi, sem dúvida, a *shoah*. O Universal já não é apenas instrumental e social – a mundialização-, mas também moral, mediante a condenação do crime contra a humanidade

Nessa lógica, busca-se demonstrar que o Tribunal se insere dentro da teoria dos direitos humanos como mais um instrumento de sua promoção e defesa, o que faz a partir de uma perspectiva universalista, de defesa de valores universais, pautando-se em uma fundamentação ético-política que reconhece a dignidade humana como valor predominante para suas ações.

2 PERSPECTIVAS HISTÓRICAS E FILOSÓFICAS SOBRE A JURISDIÇÃO PENAL INTERNACIONAL

2.1 BREVE LEITURA DA MODERNIDADE

Várias são as maneiras de se conceber a modernidade. É um termo que carrega em si múltiplas acepções, nem sempre convergentes, tornando difícil precisar um significado único. Em que pese essa dificuldade inicial, pode-se perceber que, cronologicamente, a modernidade surge no século XVII como decorrência do capitalismo mercantil e do surgimento da visão científica do mundo.

No plano filosófico, a modernidade tem início com Descartes e Bacon e o surgimento do racionalismo que atribui à razão humana a capacidade exclusiva de conhecer e estabelecer a verdade.

Descartes defende que todos os homens possuem a razão, isto é, a capacidade de julgar e diferenciar o bem do mal; entretanto, nem todos sabem como bem utilizar a razão, o que torna necessário o estabelecimento de um método para tal finalidade.

O bom senso é a coisa do mundo mais bem distribuída, porquanto cada um acredita estar tão bem provido dele que, mesmo aqueles que são os mais difíceis de contentar em qualquer outra coisa, não costumam desejar tê-lo mais do que já o têm.

Não é provável que todos se enganem a esse respeito. Ao contrário, isso prova antes que o poder de julgar e distinguir bem o verdadeiro do falso, que é propriamente o que se denomina bom senso ou razão, é naturalmente igual em todos os homens. Desse modo, a diversidade de nossas opiniões não se origina do fato de que alguns são mais racionais que outros, mas somente pelo fato de dirigirmos nossos pensamentos por caminhos diferentes e não considerarmos as mesmas coisas.⁷

Por método eu entendo regras certas e fáceis, graças às quais todos aqueles que a observarem corretamente jamais suporão verdadeiro aquilo que é falso, e chegarão, sem fadiga e esforços inúteis, aumentando progressivamente a sua ciência, ao conhecimento verdadeiro de tudo o que podem atingir.

[...]

Todo o método consiste na ordem e na disposição das coisas para as quais devemos voltar o olhar do espírito, para descobrir alguma verdade. Ora, nós a seguiremos exatamente se reduzirmos, gradualmente, as proposições

⁷ DESCARTES, 1996, p. 13.

complicadas e obscuras às mais simples; e se, partindo da intuição das mais simples, tentarmos nos elevar, pelos mesmos degraus, ao conhecimento de todas as outras.⁸

O método de Descartes tem na dúvida o seu ponto central, pois deseja construir uma filosofia “certa, da qual não se possa duvidar”⁹. Assim, “Descartes parte da única coisa que tem: de sua própria dúvida, de sua radical incerteza. É preciso pôr em dúvida todas as coisas, pelo menos uma vez na vida, diz Descartes”¹⁰.

Ele se propõe então a submeter todas as suas crenças a uma revisão sistemática, no intuito de encontrar aquela(s) de que ele não consegue, realmente, duvidar. São essas crenças indubitáveis que irão fornecer a base de sua filosofia.

Hilton Japiassú¹¹ diz que “Descartes pretende estabelecer um método universal, inspirado no rigor da matemática e no encadeamento racional. Para ele, o método é sempre matemático, na medida em que procura o ideal matemático”.

No plano sociológico, Max Weber oferece uma interessante análise sobre a modernidade, situando essa discussão dentro dos estudos que dirigiu, sobretudo, à sociologia das religiões.

Weber afirma que a modernidade se caracterizou pelo desenvolvimento de processos de racionalização que ocorreram no ocidente, modificando o panorama das estruturas sociais. Esse processo atingiu, principalmente, as esferas econômica, política e cultural.

A racionalização da economia significou a “dissolução das antigas formas produtivas, características do feudalismo, e a formação de um mentalidade empresarial moderna, baseada na previsão, no cálculo, em técnicas racionais de contabilidade”¹². Foi o fim da subordinação feudal, da vinculação do homem à terra, permitindo a formação de uma força de trabalho livre e a organização do trabalho assalariado.

A racionalização da política se traduziu em uma substituição da autoridade descentralizada pré-moderna pelo Estado Absolutista e, ulteriormente, “pelo Estado verdadeiramente moderno, dotado de um sistema tributário centralizado, de um

⁸ DESCARTES, 1996, p. 13.

⁹ MARIAS, 2004, p. 231.

¹⁰ Ibid.

¹¹ JAPIASSÚ, 2005, p. 105.

¹² ROUANET, 1993, p. 120.

poder militar permanente, do monopólio da violência e da legislação, e de uma administração burocrática racional”.¹³

Culturalmente, a racionalização buscou “a dessacralização das visões do mundo tradicional (entzauberung) e a diferenciação em esferas de valor autônomas (wertsphären), até então embutidas na religião: a ciência, a moral e a arte.”¹⁴ A moral deixa de ser religiosa, tornando-se cada vez mais secular, baseada em princípios próprios e de caráter universalista.

Habermas¹⁵, cuidando do pensamento de Weber, afirma:

Para Max Weber ainda era evidente a relação interna, e não a meramente contingente, entre a modernidade e aquilo que designou como racionalismo ocidental. Descreveu como “racional” aquele processo de desencantamento ocorrido na Europa que, ao destruir as imagens religiosas do mundo, criou uma cultura profana. As ciências empíricas modernas, as artes tornadas autônomas e as teorias morais e jurídicas fundamentadas em princípios formaram esferas culturais de valor que possibilitaram processos de aprendizado de problemas teóricos, estéticos ou práticos-morais, segundo suas respectivas legalidades internas.

Como sustenta Habermas, Max Weber não apenas descreveu, do ponto de vista da racionalização, o modo como se deu a profanação da cultura ocidental, mas tratou, principalmente, do desenvolvimento das sociedades modernas.

No aspecto político, a modernidade vai caracterizar-se pela busca de novos fundamentos para o exercício do poder.

Se no período anterior, fundado na filosofia política de Aristóteles e no direito natural, havia ênfase na vida comunitária e na imutabilidade do cotidiano, é na modernidade que ocorrerá o primado da razão, em que o homem, colocando-se como centro do poder político, enfatiza a autonomia e o individualismo como valores máximos a nortear a vida em sociedade.

A razão, nesse momento, não está mais a serviço da fé, na tentativa de provar sua existência; é laica, despida de crença. Seu único compromisso é ofertar critérios racionais para justificar o poder político. É o momento das teorias contratualistas de Hobbes, Locke e Rousseau.

¹³ ROUANET, 1993, p. 121.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ HABERMAS, 2000, p. 4 et. seq.

Thomas Hobbes, autor de “O Leviatã”, é um dos primeiros autores a promover essa ruptura com o jusnaturalismo de cunho divino, estabelecendo as bases da filosofia política moderna¹⁶.

Hobbes tem no estado de natureza o ponto de partida de sua teoria, correspondendo a uma situação de total ausência de segurança jurídica, de incerteza, em que não existem normas e instituições aptas a servir de parâmetro para as atitudes individuais, gerando um permanente estado de tensão e de desconfiança recíproca. Os homens são, antes de tudo, potenciais inimigos, vivendo um estado de guerra de todos contra todos.

Como afirma Julian Marias¹⁷, para Hobbes:

O homem está dotado de um poder do qual dispõe conforme seu arbítrio; tem certas paixões e desejos que o levam a buscar coisas e querer arrebatá-las dos demais. Como todos conhecem essa atitude, desconfiam uns dos outros; o estado natural é o ataque. Mas o homem se dá conta de que essa situação de insegurança é insustentável; nesse estado de luta vive-se de forma miserável, e o homem se vê obrigado a buscar a paz. Hobbes distingue entre o jus ou direito, que interpreta como liberdade, e lex ou lei, que significa obrigação. O homem tem liberdade -isto é, direito- de fazer tudo que possa e queira; mas com um direito é possível fazer três coisas: exercê-lo, renunciar a ele ou transferi-lo. Quando a transferência do direito é mútua, tem-se um pacto, contrato ou convênio: covenant. Isso leva a idéia da comunidade política.

Assim, propõe Hobbes, como saída para esse problema, a substituição do estado de natureza pelo estado civil com a celebração de um suposto contrato, no qual todos transferem, de forma definitiva, seus direitos para o Estado, o Leviatã.

Entende Hobbes que apenas o Estado tem condição de “resolver a necessidade de autoconservação das pessoas”¹⁸, e daí se poder falar da paz e da segurança necessária para o desenvolvimento social. O soberano representa a vontade decorrente desse contrato, governando de forma ilimitada.

Em uma perspectiva oposta à de Hobbes, Jonh Locke também parte desse suposto estado de natureza, todavia realiza uma formulação diferente de seu

¹⁶ Segundo Wolfgang Kerstings (2003, p. 42): “A filosofia política de Hobbes é o local de nascimento do indivíduo moderno, atomístico, livre de tudo e absolutamente soberano, o qual só pode ser compreendido de modo adequado como projeto construtivo contrário ao ser humano comunitariamente integrado da tradição, só distanciando-o de todas as classificações já existentes, que vão desde o familiar mundo da vida até a estrutura oníabrangente do ser. Com Hobbes a filosofia política torna-se individualista”.

¹⁷ MARIAS, 2004, p. 275.

¹⁸ KERSTINGS, op. cit., p. 51.

predecessor. O estado de natureza para Locke¹⁹ não é um espaço de degradação social, de selvageria, segundo suas palavras é

um estado, também, de igualdade, onde a reciprocidade determina todo o poder e toda a competência, ninguém tendo mais que os outros; evidentemente, seres criados da mesma espécie e da mesma condição, que, desde seu nascimento, desfrutam juntos de todas as vantagens da natureza e do uso das mesmas faculdades, devem ainda ser iguais entre si, sem subordinação ou sujeição, a menos que seu senhor e amo de todos, por alguma declaração manifesta de sua vontade, tivesse destacado um acima dos outros e lhe houvesse conferido sem equívoco, por uma designação evidente e clara, os direitos de um amo e de um soberano.

[...]

Entretanto, ainda que se tratasse de um 'estado de liberdade', este não é um 'estado de permissividade': o homem desfruta de uma liberdade total de dispor de si mesmo ou de seus bens, mas não de destruir sua pessoa, nem qualquer criatura que se encontre sob sua posse, salvo se assim o exigisse um objetivo mais nobre que a sua própria conservação. O 'estado de natureza' é regido por um direito natural que se impõe a todos, e com respeito à razão, que é este direito toda a humanidade aprende que, sendo todos iguais e independentes ninguém deve lesar o outro em sua vida, saúde, sua liberdade ou seus bens [...].

Locke é um dos precursores do liberalismo. Defende que os homens nascem livres e iguais, e que somente o consentimento voluntário pode submeter alguém à autoridade do outro. Para o autor, o trabalho é a origem e a justificação da propriedade privada.

Em Locke, o poder político é instituído também pela celebração de um contrato social. Entretanto, os poderes delegados são limitados, não havendo uma transferência definitiva ao governante como em Hobbes, permanecendo, em essência, sob a disposição dos governados que a qualquer tempo podem modificá-los ou revogá-los.

Conforme visto, Hobbes e Locke partem de um mesmo referencial, "o estado da natureza"; contudo suas formas de abordagem são diametralmente opostas.

Para Hobbes, a solução oferecida por Locke em sua teoria do mandato inspirado na confiança seria sinal de fraqueza, considerando a inclinação natural dos seres humanos à desconfiança mútua e à defesa de seus interesses egoístas. Já a proposta hobbesiana de concentração máxima de poderes na pessoa do soberano é rejeitada pelo liberalismo de Locke, que vê nesta concentração plenipotenciária uma ilegitimidade política e uma séria ameaça à sobrevivência da sociedade organizada.²⁰

¹⁹ LOCKE, 1995.

²⁰ DINIZ, 2006, p. 69.

Outro autor contratualista é Rousseau que parte do pressuposto de que os homens nascem bons, amistosos, movidos por poucas necessidades, felizes, mas a sociedade os corrompe e concebe o “estado de natureza”²¹, e sua própria teoria contratual, de forma bem diferente de Hobbes e Locke.

Para Rousseau, a existência do pacto social era imperativo, pois apenas a capacidade individual já não era mais suficiente para suprir as necessidades surgidas no cotidiano. Assim, propunha que os homens unissem suas forças, no entanto advertia ser importante “encontrar uma forma de associação que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedeça, contudo, a si mesmo e permaneça tão livre quanto antes.” Este é o problema fundamental cuja solução é fornecida pelo contrato social.²²

Era um opositor da propriedade privada que, ao contrário de Locke, via nesta o fundamento da injustiça social. Em sua obra *Discurso Sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens* realça:

²¹ José Sálvio Leopoldi (2007) realiza observação pertinente: “Para Rousseau o estado de natureza não caracteriza um período da história humana marcado por inconveniências a serem superadas pela constituição da sociedade civil. Aqueles para os quais o estado de natureza constituía uma etapa que precisava ser necessariamente ultrapassada para que a humanidade pudesse estabelecer formas de convivência mais adequadas ao conjunto dos indivíduos, como é, por exemplo, o caso de Locke e Hobbes, essa passagem implicava perdas em termos da limitação da liberdade e do julgamento e execução pelos próprios indivíduos da “lei da natureza”. Mas o estabelecimento da sociedade civil através de um pacto acordado por toda a comunidade trazia ganho suficiente - em termos de preservação da vida, da liberdade, da propriedade, da igualdade, dos bens e da segurança e do respeito às leis que deveriam submeter igualmente a todos - para ser amplamente adotado. O caminho aberto pela sociedade civil é para eles, portanto, o que leva às conquistas mais caras à civilização e a formas mais adequadas de convivência entre os homens. Para estes pensadores e filósofos políticos o estado de natureza era um período de selvageria fundamentalmente insatisfatório, onde os aspectos negativos dificultavam demasiadamente - quando não inviabilizavam - a vida em coletividade. Devia, portanto, constituir apenas o degrau inicial para um estágio mais avançado, isto é civilizado, da humanidade. Rousseau, ao contrário, atribui àquele estado características positivas a ponto de ser chamado o filósofo do *bom selvagem*, em alusão às qualidades superiores que, a seu ver, exibiam os indivíduos que viviam no estado de natureza. Uma de suas características básicas é, para Rousseau, o ambiente natural extremamente abundante e acolhedor, a ponto de parecer ter sido criado na medida exata para servir ao homem, particularmente em termos de recursos alimentares, sendo, aliás, a preservação uma das poucas preocupações, senão a única, do homem no estado de natureza. “Suas módicas necessidades”, diz Rousseau, “encontram-se tão facilmente ao alcance da mão e ele está tão longe do grau de conhecimentos necessários para desejar adquirir outros maiores, que não pode ter nem previdência, nem curiosidade. O espetáculo da natureza, à força de se lhe tornar familiar, tornar-se-lhe indiferente”. A relação homem-natureza é, portanto, permeada por um ingrediente idílico marcado por uma complementaridade absoluta entre aqueles elementos. O equilíbrio dessa relação só vai-se romper quando ela começa a inserir-se num contexto dominado pela sociedade e pela civilização com as consequências necessariamente negativas que elas trazem. A “nostalgia” do estado de natureza é tão mais profunda quanto é para Rousseau a impossibilidade do homem viver em sociedade de maneira tão pacífica e sadia quanto vivia naquele estado. Afinal, “a maioria de nossos males é obra nossa e (...) os teríamos evitado quase todos conservando a maneira de viver simples, uniforme e solitária que nos era prescrita pela natureza”.

²² ROUSSEAU, 2005b, p. 25.

O verdadeiro fundador da sociedade civil foi o primeiro que, tendo cercado um terreno, lembrou-se de dizer 'isto é meu' e encontrou pessoas suficientemente simples para acreditá-lo. Quantos crimes, guerras, assassinios, misérias e horrores não poupou ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas ou enchendo o fosso, tivesse gritado a seus semelhantes: 'Defendei-vos de ouvir esse impostor; estareis perdidos se esquecerdes que os frutos são de todos e que a terra não pertence a ninguém'.²³

Em sua teoria contratual, Rousseau não pretende apenas justificar o poder político, mas busca criar uma sociedade justa, politicamente organizada. A política significa, antes de tudo, educação, visto que somente homens letrados, esclarecidos, seriam aptos a se portarem no mundo de forma autônoma, definindo seu destino e fundando a sociedade política. A educação é um dos grandes temas de que Rousseau se ocupará.

Com base nas idéias contratuais e numa nova forma de perceber a realidade, é no movimento iluminista²⁴ que são lançadas, definitivamente, as bases da modernidade. Universalidade, individualismo e autonomia são as palavras-chaves desse pensamento que pretende libertar o homem de si mesmo e de seu passado.

O iluminismo significou um momento de grande júbilo, de releitura do mundo, tanto no aspecto exterior, do mundo em si, quanto da própria subjetividade, do eu, que a partir deste instante surge com a descoberta do indivíduo.

A universalidade iluminista representou a emancipação humana, que não deveria se limitar às fronteiras nacionais, aos Estados, aos grupos étnicos, porém considerava todos os homens iguais em direitos e aptidões, condenando, por conseguinte, qualquer forma de nacionalismo e de discriminação.

O individualismo, nesse contexto, simboliza a maior expressão do direito de liberdade, já que, pela primeira vez, na história o homem é visto independentemente de sua comunidade, de sua cultura, de sua religião. Sobre isso, assevera Rouanet, "O homem deixa de ser seu clã, sua cidade, sua nação e passa a existir por si

²³ ROUSSEAU, 2005a, p. 38.

²⁴ Sérgio Paulo Rouanet (1993, p. 14) diferencia a ilustração do iluminismo nos seguintes termos. "O iluminismo é um *ens rationis*, não uma época ou movimento. Por isso sempre o distingo da ilustração, que designa, esta sim, um momento na história cultural do Ocidente. Enquanto construção, o iluminismo tem uma existência meramente conceitual: é a destilação teórica da corrente de idéias que floresceu no século XVIII em torno de filósofos enciclopedistas como Voltaire e Diderot, e de 'herdeiros' dessa corrente, como o liberalismo e o socialismo, que, incorporando de modo seletivo certas categorias da ilustração, levaram adiante a cruzada ilustrada pela emancipação do homem."

mesmo, com suas exigências próprias, com seus direitos intransferíveis à felicidade e à auto-realização.”²⁵

A autonomia surge como a capacidade própria que cada homem possui na condução de seus interesses, prescindindo de outras instâncias, a não ser o seu julgamento.

Sapere aude, ousar saber, é a expressão com que Kant define esse momento da história, em que o homem busca se libertar pelo seu entendimento.

O iluminismo é a saída do homem da sua menoridade de que ele próprio é culpado. A menoridade é a incapacidade de se servir do entendimento sem a orientação de outrem. Tal menoridade é por culpa própria se a sua causa não reside na falta de entendimento, mas na falta de decisão e de coragem em se servir de si mesmo sem a orientação de outrem. *Sapere aude!* Tem a coragem de te servires do teu próprio entendimento! Eis a palavra de ordem do iluminismo.²⁶

É Kant quem melhor exprime os avanços e as conquistas do projeto iluminista ao proceder ao esquadrinhamento da razão. O filósofo de Königsberg mostra que a razão não é una, unitária, mas vai empreender a tarefa da crítica da razão, de estabelecer os seus limites, suas possibilidades e justificações. Partidário das teorias contratualistas de Rousseau e Locke, das quais recebeu grande influência, busca compreender o iluminismo como uma oportunidade dada ao homem de se libertar das amarras que sempre o privaram e sugere uma teoria contratual própria que para Soraya Nour²⁷

se distingue das de seus antecessores por não pressupor que a liberdade no estado de natureza seja limitada, mas sim deixada totalmente em favor da aquisição da liberdade como autonomia: o homem abandona a “liberdade selvagem e sem lei” para “reencontrar em um estado jurídico sua liberdade em geral”. O contrato originário (*der ursprüngliche Kontrat, contractus originarius, pactum sociale*) é assim definido como a Idéia do ato (e não um fato) pelo qual um povo constitui um Estado, uma coalização de todas as vontades particulares formando uma vontade comum e pública. É em tal teoria contratualista que se funda a Idéia de uma constituição republicana como “a única que provém da Idéia do contrato originário (*Idee des ursprünglichen Vertrags*), sobre a qual deve ser fundada toda legislação de um povo.”

É com o pensamento iluminista e, principalmente, com Kant que estão lançadas as bases do projeto civilizatório que chega até o nosso tempo.

²⁵ ROUANET, 1993, p. 35.

²⁶ KANT, 1995, p. 170.

²⁷ NOUR, 2004, p. 41.

2.2 A CONTRIBUIÇÃO KANTIANA: A PAZ PERPÉTUA E O COSMOPOLITISMO

Immanuel Kant nutria uma grande admiração por Isaac Newton e Jean-Jacques Rousseau. O primeiro, com a descoberta dos princípios da mecânica, da lei de gravitação e da exposição ordenada do cosmo, foi o grande impulsionador das ciências naturais do século XVIII. É a partir de Newton que o cosmo se torna matematicamente compreensível. Rousseau com suas concepções morais, sua teoria contratual e seu projeto de emancipação do homem moderno exerceu grande influência em sua filosofia moral e política.

Para Kant, um dos grandes problemas da sociedade de seu tempo era o alto grau de desorganização, pelo qual as unidades políticas, os Estados, viviam em uma situação de constante anomia. O que importava para cada país era sua sobrevivência, seus interesses particulares, enxergando as demais nações apenas como potenciais inimigos. Imperava a guerra no lugar da paz.

Dessa forma, a pretensão da filosofia kantiana era revelar as leis adequadas para o bom funcionamento da sociedade, buscando corrigir a desordem que governava as relações entre os povos à semelhança do que fez Newton ao tratar do funcionamento dos astros.

Nesse contexto, em 1795, ainda no fervor dos acontecimentos que culminaram com a Revolução Francesa, e após França e Prússia terem celebrado a “Paz de Basiléia”, tratado pelo qual a Prússia reconheceu o direito da França revolucionária sobre os territórios situados à margem esquerda do Reno, Immanuel Kant²⁸ publica “À Paz Perpétua”, obra em que defende novas formas de

²⁸ Soraya Nour (2004), na introdução de seu livro coloca que “no dia 5 de abril de 1795, França e Prússia celebram a “Paz de Basiléia” (Baseler Friede). A Prússia deixa a coalizão com a Áustria e a Inglaterra, que havia três anos se opunha à França revolucionária; rompe com o isolamento diplomático da França e cede-lhe as ocupações à margem esquerda do Reno. O tratado de paz era assunto de todo dia, desencadeando uma série de publicações. Kant, que muito teria se alegrado com a decisão da Prússia de não mais se imiscuir nas questões internas da França, anunciaria quatro meses depois a seu editor Nicolavius o término de sua obra À paz perpétua. Um esboço filosófico. Numa irônica concepção literária, o texto imita a forma dos tratados de paz do direito internacional público dos séculos XVII e XVIII – chamado de direito das gentes. A paz era então celebrada por meio de dois tratados: um tratado preliminar, contendo as condições para o término da guerra e para a celebração de um futuro tratado de paz definitivo; o próprio tratado de paz definitivo. Kant une esses dois modelos em um único tratado, que contém tanto os artigos preliminares (condições negativas para a paz) como os artigos definitivos (suas condições positivas). O tratado de paz de Kant contém ainda, como era então de praxe nos tratados internacionais, um artigo secreto, uma garantia e dois apêndices”.

relacionamento entre os Estados, propondo um novo paradigma de direito e de relações internacionais.

Este livro foi um dos últimos trabalhos de Kant, o qual sintetiza grande parte de seu pensamento jurídico e político, tendo sido escrito na forma de um verdadeiro tratado de paz com a previsão, conforme o costume da época, de artigos provisórios (que estabelecem as condições para a eliminação dos motivos das guerras entre os Estados) e de artigos definitivos (requisitos para que se estabeleça a paz duradoura).

Diferentemente de seus antecessores (Platão, Santo Agostinho, Hobbes ou Abbé de Saint-Pierre) que trataram do tema, Kant compreendia a paz não em termos religiosos, mas em termos jurídicos, advindo daí o novo enfoque com que aborda a questão; para Kant, a paz só poderia ser obtida a partir do momento em que os Estados, de forma análoga aos indivíduos, deixassem o estado de natureza e constituíssem um estado civil, ou seja, o filósofo propôs a aplicação da idéias contratualistas na ordem internacional.

Interessante a observação de Soraya Nour²⁹:

Kant procede a uma racionalização radical do argumento contratualista, que leva ao que Kersting chama de 'dilema da pluralidade do contratualismo'. O contratualismo, até então, não dava conta do fato de haver uma pluralidade de Estados, o que constitui uma diferença fundamental entre Kant e seus antecessores, para quem a teoria contratual diz respeito apenas ao Estado, e não à relação entre os Estados.

Kant sustenta que o estado de natureza deve ser superado não apenas entre os indivíduos, mas também entre os Estados e retoma uma idéia anterior, defendida em 1756, pelo abade Saint-Pierre³⁰ e, posteriormente, comentada por Rousseau, de criação de uma sociedade das nações como uma instituição própria a manter e defender uma paz permanente entre os Estados.

Nesse opúsculo, o autor procede ao inventário das medidas necessárias a viabilizar a boa convivência entre os Estados, afastando a via bélica como opção para a solução dos conflitos. Roberto Rodríguez Aramago³¹ cita que:

²⁹ NOUR, 2004, p. 39.

³⁰ SAINT-PIERRE, 2002.

³¹ Introdução ao livro "Por la Paz Perpetua" de Immanuel Kant (1994): "gusta de recordar su influjo en el presidente Wilson y, por ende, su notable incidencia en la creación de una sociedad o Liga de Las Naciones [...]. Es más, este libro ha sido propuesto al Parlamento de Estrasburgo como un texto idóneo para la formación de los futuros ciudadanos europeos, por cuanto sus tesis cosmopolitas representan un buen antídoto contra los excesos del exarcebado ultranacionalismo que salpica este fin de siglo".

Antonio Truyol gosta de recordar sua influência no presidente Wilson e sua importância na criação de uma sociedade ou Liga das Nações [...]. Além disso, este livro foi proposto ao Parlamento de Estrasburgo como um texto idôneo para a formação dos futuros cidadãos europeus, pois suas teses cosmopolitas representam um bom antídoto contra os excessos do exarcebado ultranacionalismo que salpica neste fim de século. (Tradução nossa)

As idéias de Kant lançaram as bases para o desenvolvimento do direito internacional, viabilizando a criação de entidades de caráter mundial (Liga das Nações, OIT, ONU), e, ulteriormente, a discussão sobre o estabelecimento de uma jurisdição penal internacional.

A relação dos indivíduos com os Estados também foi objeto das preocupações kantianas, constituindo a base do seu conceito de cosmopolitismo. Para Kant, o homem não deveria ser considerado apenas como nacional de seu país, possuindo direitos apenas nessa esfera; devia ser encarado como integrante de uma comunidade mundial. Essa circunstância, que decorria da sua condição humana, outorgava-lhe direitos que deviam ser respeitados e assegurados pelas demais nações. Kant propunha perceber o estrangeiro de forma diferente e introduz a noção de hospitalidade³².

Em seu texto *Idéia de uma história universal sob o ponto de vista cosmopolita*, de 1784, Kant defende a concepção de que a história deveria ser escrita de forma universal abarcando toda a humanidade. A preocupação kantiana expressava todo o

³² O professor Daniel Omar Perez (2007) cuidando do significado do dever de hospitalidade no plano jurídico e sua relação com o cosmopolitismo faz precisa ponderação: “O dever de hospitalidade no plano jurídico se justifica, segundo Kant, porque o planeta Terra é redondo. Não se trata de filantropia, diz Kant. Seria mais o caso de um modo de viver juntos, de tolerar a mútua presença mantendo determinada distância. O direito de posse comum da superfície da Terra (um conceito que Kant coloca no texto de *À paz perpétua* de 1795, mas desenvolve amplamente em *A Metafísica dos Costumes* de 1797) estabelece-se porque os homens não podem se espalhar até o infinito, pelo simples motivo de que a superfície da Terra é limitada. Portanto, é necessário implementar o direito de visita, “que a todos os homens assiste” (Kant, I, 1983 BAND 9, P. 213-214), o direito de “não receber um trato hostil pelo mero fato de ter chegado de um outro território”, o direito de “se apresentar em uma sociedade”. A hospitalidade não é outra coisa, para Kant, que as condições necessárias para ter a possibilidade de buscar um intercâmbio, um comércio, a circulação (Verkehr). Kant está falando de hospitalidade como o direito de alguém de estar em algum lugar e poder cuidar da sua própria vida. Kant está falando do direito do estrangeiro de poder estar, com tudo que isso implica. Mas não por filantropia. Não poderíamos dizer que o kantiano se sente culpado ou responsável pela situação particular do outro. A hospitalidade kantiana no sentido jurídico é uma condição necessária para estabelecer a paz perpétua, a paz entre os Estados e os povos. “Desse modo, - escreve Kant - as comarcas muito distantes podem entrar em pacíficas relações que se convertem em públicas e legais e podem levar a instaurar uma constituição cosmopolita (Kant, I, 1983 BAND 9, P. 214). Essa é a questão: hospitalidade e cosmopolitismo”.

ideário iluminista, e o surto cosmopolita que inebriava a intelectualidade do velho mundo, rompendo com os limites impostos pelo pensamento medieval.

Para Soraya Nour³³:

Kant acrescentou uma terceira dimensão ao direito, que até então se limitava ao direito estatal e ao direito das gentes: o direito cosmopolita, que considera o indivíduo membro de uma sociedade de dimensão mundial. A idéia cosmopolita de Kant foi reconstruída na década de 1990 como orientação para uma política cosmopolita dos direitos humanos. No entanto, sua manipulação por alguns Estados degenera em uma moralização autodestrutiva da política. O risco é que, quando um Estado combate seu inimigo político em nome da humanidade, toma um conceito universal para se identificar com ele contra o adversário: reivindica para si a paz, a justiça, o progresso e a civilização, que são negados ao inimigo; a política dos direitos humanos serviria para proceder a uma apreciação moral negativa de um oponente, frustrando a limitação juridicamente institucionalizada de um afrontamento político ou de um combate militar. Diante desse problema, Jürgen Habermas procura diferenciar a natureza jurídica do conceito de direitos humanos do uso deturpado que dele se faz. O que confere aos direitos humanos uma aparência de direitos morais é que sua validade ultrapassa a ordem jurídica dos estados-nações.

As idéias de Kant estão na base de todo o discurso moderno sobre os direitos humanos, tema que ganha força, principalmente, após a queda do muro de Berlim e com o fim da bipolaridade que dominava o planeta. A partir desse momento, a obra do filósofo passa a representar uma importante referência na tentativa de fundamentar um caráter universal dos direitos humanos em oposição a um particularismo cada vez mais acentuado.

2.3 SOBRE A FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: O UNIVERSALISMO E AS PERSPECTIVAS DO PARTICULARISMO

Ao se tratar da teoria dos direitos humanos, duas formas de análise se apresentam. A primeira que cuida de uma teoria jurídica dos direitos humanos, ou seja, do conjunto de tratados, convenções e instrumentos normativos que visam a defini-los e delimitá-los e a segunda que se refere ao problema da fundamentação desses direitos.

³³ NOUR, 2004, p.168.

Desde o início da discussão sobre os direitos humanos ocorreu uma ênfase nos aspectos que envolviam a sua teoria jurídica, restando ao aspecto da fundamentação um plano secundário, marginal, conforme afirma o professor Vicente Barretto³⁴:

Desde a elaboração, por um grupo de filósofos, intelectuais, cientistas sociais e juristas, do texto da Declaração dos Direitos do Homem das Nações Unidas, em 1948, tinha-se como acordado que a questão dos direitos humanos deveria ficar adstrita aos mecanismos garantidores desses direitos, tendo em vista, como escrevia o filósofo francês Jacques Maritain (1976), que não poderia haver uma concordância a respeito dos fundamentos dos direitos humanos entre concepções religiosas, culturais e políticas diversas da natureza da pessoa humana e da sociedade. O acordo entre culturas diferenciadas somente seria possível em torno de um conjunto de direitos mínimos e, principalmente, de mecanismos de controle da observância dos direitos proclamados pelos estados signatários da Declaração. Os autores da Declaração de 1948 rejeitavam, portanto, a possibilidade de haver uma fundamentação universalmente aceita dos direitos humanos.

De acordo com Barreto³⁵, a necessidade de uma teoria fundacional dos direitos humanos deita raízes no pensamento iluminista e teve a sua primeira formulação no conhecido texto Kantiano, em que:

a idéia racional de uma comunidade pacífica perpétua de todos os povos da Terra (mesmo quando não sejam amigos), entre os quais podem ser estabelecidas relações, não é um princípio filantrópico (moral), mas um princípio de direito. A natureza encerrou todos os homens juntos, por meio da forma redonda que deu ao seu domicílio comum (globus terraqueus), num espaço determinado. E, como a posse do solo, sobre o qual o habitante da Terra foi chamado a viver, só pode ser concebida como a posse de uma parte de um todo determinado, por conseguinte, se uma parte sobre a qual cada um deles tem um direito primitivo, todos os povos estão originariamente em comunidade do solo; não em comunidade jurídica da posse (communio) e portanto de uso ou de propriedade desse solo; mas em reciprocidade de ação (commercium) física possível, isto é, numa relação universal de apenas um com todos os demais (relação que consiste em se prestar a um comércio recíproco); e têm o direito de fazer a experiência, sem que por isto possa um estrangeiro trata-los como inimigos. Este direito, como a união possível de todos os povos, com relação a certas leis universais de seu comércio possível, pode ser chamado de direito cosmopolítico (juscospoliticum).

³⁴ Segundo o autor “o emprego da expressão “direitos humanos”, reflete essa abrangência e a conseqüente imprecisão conceptual com que tem sido utilizada. A expressão pode referir-se à situações sociais, políticas e culturais que se diferenciam entre si, significando muitas vezes manifestações emotivas face à violência e à injustiça; na verdade, a multiplicidade dos usos da expressão demonstra, antes de tudo, a falta de fundamentos comuns que possam contribuir para universalizar o seu significado e, em conseqüência a sua prática”. (BARRETTO, 2007)

³⁵ Ibid.

No cerne do debate sobre a fundamentação dos direitos humanos repousa a velha querela entre os universalistas³⁶ e os particularistas. Os primeiros defendendo a possibilidade de uma moral geral, universal, baseada em valores comuns aos diversos agrupamentos humanos, sendo atemporal e apriorística, decorrendo, em última análise, da essência humana. Os demais combatendo essa possibilidade, considerando que os valores de uma sociedade, apenas são devidamente compreendidos levando-se em conta o local, o que no fundo remete à discussão filosófica travada entre Herder e Kant sobre se os destinos de um povo eram determinados por questões locais, nacionais ou universais.

Herder³⁷, em sua obra “Sobre a filosofia da história para a educação da humanidade” (Auch eine Philosophie der Geschichte zur Bildung der Menschheit), defende que a origem do homem somente é compreensível se tomada dentro de uma raça, de um povo, não fazendo sentido o cosmopolitismo francês do final do século XVIII. Entendia ele que cada povo tinha uma identidade específica, própria, logo os seus costumes e predileções somente poderiam ser valorizados dentro desta realidade, o que inviabilizaria falar-se em uma moral fora do grupo, tampouco em critérios de justificação universal.

O pensamento de Herder está intimamente ligado à corrente relativista ou particularista que sustenta que a moral possui apenas um valor relativo, não

³⁶ Jack Donnely (2003, p. 89 et. seq.) cuidando dessa tensão entre universalistas e relativistas e defendendo um relativismo cultural fraco, o que também denomina de universalismo forte ensina: “When internal and external judgments of a practice diverge, cultural relativists give priority to the internal judgments of a society. In its most extreme form, what we can call *radical cultural relativism* holds that culture is the sole source of the validity of a moral right or rule. *Radical universalism*, by contrast, would hold that culture is irrelevant to the (universal) validity of moral rights and rules. The body of continuum defined by these end points can be roughly divided into what we can call strong and weak cultural relativism.

Strong cultural relativism holds that culture is the principal source of the validity of a right or rule. At its furthest extreme, strong cultural relativism accepts a few basic rights with virtually universal application but allows such a wide range of variation that two entirely justifiable sets of rights might overlap only slightly.

Weak cultural relativism, which might also be called strong universalism, considers culture a secondary source of the validity of a right or rule. Universality is initially presumed, but the relativity of human nature, communities, and rules checks potential excesses of universalism. At its furthest extreme weak cultural relativism recognizes a comprehensive set of prima facie universal human rights but allows limited local variations.

We can also distinguish a qualitative dimension to relativist claims. Legitimate cultural divergences from international human rights norms might be advocated concerning the *substance* of lists of human rights, the *interpretation* of particular rights, and the *form* in which those rights are implemented (see §4). I will defend a weak cultural relativist (strong universalist) position that permits deviations from international human rights norms primarily at the level of form or implementation”.

³⁷ Johann Gottfried Herder (1744-1803) teólogo e filósofo alemão que foi aluno de Immanuel Kant em Königsberg, tornando-se um de seus principais opositores. Seguiu as idéias de Johann Georg Hamann, o principal pensador do irracionalismo alemão do século XVIII.

havendo a possibilidade de se aceitar critérios de validade universal em sua definição.

Segundo Wolfgang Kersting³⁸,

O relativista defende a tese de que os sistemas morais só possuem validade relativa, não podendo, por conseguinte, reivindicar uma validade universal, uma validade supratemporal e invariável de cultura para cultura. A convicção, particularmente das teorias-padrão de filosofia moral da era moderna, de que se poderia fundamentar uma moral universalista, formular princípios normativos de compromissividade geral, merecedores de reconhecimento geral, sensatamente queridos por todo o mundo, no marco de procedimentos de justificação que, por sua vez, mereceriam reconhecimento geral e seriam aprovados por todos, baseia-se, para o relativista, numa ilusão arquimédica.

O relativista é hegeliano e hermeneuta: ninguém – esta é sua convicção – pode saltar por cima de seu tempo, ninguém logra subtrair-se aos preconceitos constitutivos de seu ambiente cultural, ninguém consegue assumir um ponto de vista não-partidário, objetivo. Por isso, estão fadados ao fracasso todos os cenários de fundamentação da filosofia moral que pretendam transcender o próprio contexto cultural já existente, com procedimentos tomados furtivamente das ciências naturais. A moral sempre só existe numa forma particular; as pessoas, que são membros de uma comunidade moral, que formam sua identidade individual e cultural no horizonte de convicções partilhadas acerca de valores, obviamente consideram a moral vigente como um sistema de valores que é objetivamente vinculante e sobrepuja interesses conflitantes. Mas os limites de validade dessa moral terminam nas fronteiras da área de influência cultural que expressa sua peculiaridade nesse sistema moral.

O discurso universalista, ao contrário, sustenta a existência de valores comuns da humanidade. Aposta em uma natureza humana que perpassa os diversos agrupamentos e sociedades; à crítica levantada pelos relativistas da desnecessidade de uma moral geral, pois bastaria a “tolerância fundamentada pela prudência para possibilitar uma coexistência das diferentes culturas”³⁹; rebate afirmando que todas as conquistas a partir do movimento das luzes se pautaram em um homem ideal, que carrega em si valores observáveis em todos os povos.

Como uma saída para esse impasse entre partidaristas e universalistas, Wolfgang Kersting aposta em um universalismo sóbrio⁴⁰ que segundo ele seria:

Diferentemente do Deus de Abraão, Isaac e Jacó, o universalismo não pede que se sacrifique o próprio filho por causa da pessoa mais distante ou mesmo que se equipare o interesse das pessoas, que nos são próximas, ao interesse de todas as outras. A saída apropriada do dilema da hipertrofia não consiste em sacrificar o universalismo, mas em salvá-lo de tendências

³⁸ KERSTINGS, 2003, p. 82.

³⁹ Ibid., p. 85.

⁴⁰ Ibid., p. 90.

autodestrutivas. A saída consiste num universalismo sóbrio, num minimalismo rigoroso no tocante aos direitos humanos. Precisamos salvar a idéia dos direitos humanos desse desgaste declamatório, submetê-la a um tratamento semântico, a fim de purificá-la da escória e devolver-lhe sua devida forma. Mediante essa minimalização, o conceito de direitos humanos vai adquirir resistência contra o relativismo e o particularismo, a par de também dissipar o temor de um missionarismo hipermoral e disposto à violência, relacionado aos direitos humanos e à democracia, do Ocidente. A filosofia política das relações internacionais, particularmente a ética da intervenção, necessita, com urgência, de tal conceito de direitos humanos que tenha sido tornado aproveitável em termos de teoria da fundamentação.

Ao se cuidar da fundamentação dos direitos humanos várias espécies de abordagem se apresentam, destacando-se, dentre outras, a jusnaturalista, a histórica e a ética.

Pela fundamentação jusnaturalística defende-se que os direitos humanos, antes de serem positivados nas Declarações de Direito e nas Constituições, constituem verdadeiros direitos morais, intrinsecamente relacionados com a própria existência da humanidade e de seu desenvolvimento.

Essa tentativa de fundamentação dos direitos humanos aposta no jusnaturalismo como a teoria que explica e dá sustentação aos direitos humanos e confunde, em certa medida, direitos humanos e direito natural.

Em outro contexto, a fundamentação histórica concebe os direitos humanos como manifestação do contexto histórico e do processo de desenvolvimento social da sociedade.

Consoante Norberto Bobbio⁴¹,

Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem uma vez por todas.

Para os defensores dessa corrente, o que está na base desses direitos são os valores constituídos em uma comunidade histórica concreta, segundo os fins que esta pretende realizar. Os direitos são, portanto, fruto das reivindicações e das lutas por sua afirmação, refletindo o grau de desenvolvimento alcançado em determinada sociedade.

⁴¹ BOBBIO, 1992, p. 5 et. seq.

Por fim, a fundamentação ética sustenta que os direitos humanos aparecem como exigências éticas e direitos que os homens têm pelo fato de serem homens. Concebe os direitos humanos com *direitos morais*, que segundo Fernandez⁴² significam:

O termo direitos morais seria a síntese entre os direitos humanos entendidos como exigências éticas ou valores e os direitos humanos entendidos paralelamente como direitos. O adjetivo “morais” aplicado a “direitos” representa tanto a idéia de fundamentação ética como uma limitação ao número e conteúdo dos direitos que podemos compreender dentro do conceito dos direitos humanos. Desta forma, somente os direitos morais, ou seja, os direitos que têm mais a ver intrinsecamente com a idéia de dignidade humana, podem ser considerados como direitos humanos fundamentais. O substantivo “direitos” expressa a idéia de que os direitos humanos estão entre as exigências éticas dos direitos positivos, mas também, a necessidade e pretensão de que, para sua “autêntica realização”, os direitos humanos estejam incorporados no ordenamento jurídico, ou seja, que cada direito humano como direito moral corresponda paralelamente a um direito no sentido estritamente jurídico do termo.

É nessa última perspectiva que, hodiernamente, tem se encaminhado a discussão sobre a fundamentação dos direitos humanos, ou seja, na idéia de que o fundamento de validade do direito e por consequência dos direitos humanos deve ser buscado no homem, na própria idéia de dignidade da pessoa humana.

Para Fábio Konder Comparato⁴³,

Uma das tendências marcantes do pensamento moderno é a convicção generalizada de que o verdadeiro fundamento de validade - do direito em geral e dos direitos humanos em particular - já não deve ser procurado na esfera sobrenatural da revelação religiosa, nem tampouco numa abstração metafísica - a natureza - como essência imutável de todos os entes no mundo. Se o direito é uma criação humana, o seu valor deriva, justamente, daquele que o criou. O que significa que esse fundamento não é outro, senão o próprio homem, considerado em sua dignidade substancial de pessoa, diante da qual as especificações individuais e grupais são sempre secundárias.

Assim, os textos internacionais posteriores a Segunda Guerra Mundial consagram essa idéia de reconhecimento e respeito da dignidade da pessoa humana como o fundamento de uma teoria dos direitos humanos.

Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1948, abre-se com a afirmação de que “todos os seres humanos nascem livres e iguais, em dignidade e direitos” (art.

⁴² FERNANDEZ, 1987, p. 107.

⁴³ COMPARATO, 2007.

1º). Constituições nacionais, a exemplo da Constituição Portuguesa de 1976 afirma que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. Para a Constituição Espanhola de 1978, “a dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos alheios são o fundamento da ordem política e da paz social”. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 coloca como um dos fundamentos do Estado brasileiro (art.1º, inc. III) “a dignidade da pessoa humana”, o que conforme Comparato⁴⁴ “deveria ser apresentado como o fundamento do Estado brasileiro e não apenas como um dos seus fundamentos”.

Entretanto, a preocupação em justificar os direitos humanos, em encontrar seus fundamentos, somente vai se intensificar e ganhar vulto no transcorrer da década de 90⁴⁵, quando então, novas questões se apresentam pondo em evidência a ineficácia do sistema protetor.

Durante esse período, são organizadas várias conferências globais que formulam uma nova agenda de atuação. É o momento de se discutir o meio ambiente, o desenvolvimento, a infância e a adolescência, os direitos das mulheres, a discriminação racial, dentre outros, temas que emergem e passam a compor o discurso moderno dos direitos humanos.

⁴⁴ COMPARATO, 2007.

⁴⁵ O professor e diplomata J. A. Lindgren Alves (2007a) fazendo referência aos anos 90: “A década de 90, que se iniciou tão cheia de esperanças, encerra-se com perplexidade e incertezas. As expectativas otimistas de um novo mundo de cooperação e respeito pelos direitos humanos, propiciadas pelo desmonte do Muro de Berlim, logo se desvaneceram. A idéia de liberdade, que inspirava a onda democratizante da virada do decênio, viu-se rapidamente reduzida à da liberdade de mercado. Intrinsecamente desinteressado em valores não-monetários e comprovadamente incapaz de produzir por si só a democracia, o mercado livre da economia mundializada convive, sem problema de escrúpulos, não somente com o desemprego e a exclusão “estruturalizados”, mas também com os fundamentalismos mais esdrúxulos, religiosos e seculares. Enquanto a volatilidade do capital financeiro ergue e derruba economias com a rigidez do fogo-fátuo, as “limpezas étnicas” e as tentativas de impedi-las marcam o cenário deste fim de século. Se, por um lado, a tranquilidade e a convivência pluricultural pacífica, esperadas no início da década, cedo deram lugar ao desassossego e à intolerância, por outro os direitos humanos, ainda que apreendidos de forma seletiva, permanecem em alta posição no discurso contemporâneo. Integram agora, regularmente, qualquer agenda de discussões interestatais, multi ou bilaterais; respaldam a institucionalização de instâncias judiciais supranacionais, como o tribunal penal aprovado pela Conferência de Roma de 1998 ou propostas de cortes *ad hoc*, a exemplo das existentes para a ex-Iugoslávia e Ruanda, para o julgamento de responsáveis por violações antigas e recentes, no Cambódia, no Kosovo e em Timor Leste; embasam iniciativas processuais previstas em convenções anteriores, mas nunca implementadas até recentemente, como o pedido de extradição do General Pinochet; motivam sanções coletivas contra diversos países; dão margem a campanhas internacionais menos seletivas do que nos tempos da Guerra Fria, como se pode notar da presente massa de denúncias da Anistia Internacional contra os Estados Unidos; pautam ações armadas disciplinadoras, com ou sem aval das Nações Unidas. Para tudo isso – e muito mais – contribuiu decisivamente a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, realizada em Viena, em junho de 1993”.

Gelson Fonseca Jr⁴⁶, comentando essas conferências da ONU, sustenta que “é possível, em conseqüência, dizer que os grandes problemas de longo prazo estão definidos e, com maior ou menor rigor, estariam delineados os modelos de cooperação para solucioná-los.”

Nas palavras de Josué Emílio Möller⁴⁷,

O cenário global que se apresenta como desafio que permeia o reconhecimento dos direitos humanos em um contexto em que se vislumbra o fato do pluralismo cultural e o valor da tolerância como fatores preponderantes – que de um lado opõem dificuldades e de outro, demonstram a importância do reconhecimento destes direitos para o favorecimento e determinação do sucesso de um projeto de comunhão de interesses que se circunscreve em torno da possibilidade de instituição de uma sociedade mundial - denota a necessidade da conformação de justificativas racionais que, transpondo o espectro dos direitos humanos positivados em textos normativos, considerem os referidos fatores como pressupostos consideráveis de uma abordagem filosófica que almeje fundamentá-los de modo a que possam ser amplamente reconhecidos por todos os seres humanos, independentemente das comunidades culturais restritas das quais façam parte e, por conseguinte, efetivamente dotados de condições de validade e potência que assegurem a legitimidade intercultural e a eficácia de seus conteúdos.

Discutir a fundamentação dos direitos humanos passa a constituir uma questão central, pois no breve século XX, na denominada “era dos extremos”⁴⁸, a temática dos direitos humanos se afirmou com enormes contradições. Se por um lado houve a reafirmação do caráter universal desses direitos, cumprindo, como afirma Comparato, “a promessa, anunciada pelos revolucionários franceses de 1789, de universalização da idéia do ser humano como sujeito de direitos anteriores e superiores a toda organização estatal”. Por outro lado, nesse mesmo período, a humanidade assistiu ao surgimento dos Estados totalitários e de seu meticuloso projeto de negação sistemática dos direitos do homem.

Norberto Bobbio⁴⁹, dentre outros autores, ao discorrer sobre a fundamentação dos direitos humanos, coloca que o problema não é justificá-los, mas protegê-los, tratando-se não de uma questão filosófica, mas política, ensinando:

para a realização dos direitos do homem, são freqüentemente necessárias condições objetivas que não dependem da boa vontade dos que os proclamam, nem das boas disposições dos que possuem os meios para

⁴⁶ FONSECA JR, 2007, p. 46.

⁴⁷ MÖLLER, 2006, p. 17.

⁴⁸ HOBBSAWM, 1997.

⁴⁹ BOBBIO, 1992, p. 44 et. seq.

protegê-los. Mesmo o mais liberal dos Estados se encontra na necessidade de suspender alguns direitos de liberdade em tempos de guerra; do mesmo modo, o mais socialista dos Estados não terá condições de garantir o direito a uma retribuição justa em épocas de carestia. Sabe-se que o tremendo problema diante do qual estão hoje os países em desenvolvimento é o de se encontrarem em condições econômicas que, apesar dos programas ideais, não permitiam desenvolver a proteção da maioria dos direitos sociais. O direito do trabalho nasceu com a Revolução Industrial e é estreitamente ligado à sua consecução. Quanto a esse direito, não basta fundamentá-lo ou proclamá-lo. Nem tampouco basta protegê-lo. O problema da sua realização não é nem filosófico nem moral. Mas tampouco é um problema jurídico. É um problema cuja solução depende de um certo desenvolvimento da sociedade e, como tal, desafia até mesmo a Constituição mais evoluída e põe em crise até o mais perfeito mecanismo de garantia jurídica. A efetivação de uma maior proteção dos direitos humanos está ligada ao desenvolvimento global da civilização humana.

Nesse contexto, e com base na tensão existente entre uma perspectiva relativista e uma universalista, duas perguntas saltam aos olhos: O que fundamenta instituições como o Tribunal Penal Internacional? E de que forma inserir o Tribunal dentro da discussão sobre os direitos humanos?

Sem dúvida, a Corte Penal Internacional apóia-se em uma perspectiva universalista, fato que decorre não do grande número de países que acorreram a Roma e aprovaram o Estatuto de Roma, mas da circunstância de que o sistema internacional criado reflete valores que somente podem ser compreendidos e defendidos se tomados de forma universal.

No entanto, não são desconhecidas as críticas que rebatem esse caráter universal do Estatuto, sobretudo, dos penalistas, que abraçados a moderna doutrina penal buscam compreender o Estatuto a partir da lógica penal, dos princípios que informam o direito penal interno apresentando suas conclusões sem se aperceberem de que essa utilização do discurso penal pelos defensores dos direitos humanos recebe outra coloração.

O penalista argentino Daniel Pastor⁵⁰, criticando esse caráter universal do Estatuto de Roma, conclui:

⁵⁰ “[...] debería haberse hecho parte del sistema una cantidad abrumadora de Naciones, con lo cual el sistema sería realmente el de la enorme mayoría de la población mundial. Sin embargo, sucede todo lo contrario, aunque el número de Estados parte es elevado (100 en el momento de ser escrito esto) no se trata – salvo en el caso de la EU – de las potencias más importantes ni de las más pobladas (no forman parte del sistema EE.UU, China, Rusia, Japón, India, Pakistán, Siria, Egipto, Irán, Irak, Corea del Norte, etc.) Esta cantidad de Naciones poderosas y una mayoría calificada de los habitantes del mundo no apoyan, por tanto, el sistema del Estatuto de Roma, de modo que mal puede afirmarse, sin arrogancia al menos, que él representa los valores de la humanidad y de la conciencia jurídica universal.” PASTOR, 2006, p. 115.

Deveria haver feito parte do sistema uma quantidade esmagadora de nações, com a qual o sistema seria realmente o da maioria da população mundial. No entanto, ocorreu o contrário, ainda que o número de Estados seja elevado (100 no momento em que este trabalho está sendo realizado) não se trata – salvo no caso da União Européia – das potências mais importantes nem das mais povoadas (não formam parte do sistema EUA, China, Japão, Índia, Paquistão, Síria, Egito, Irã, Iraque, Coreia do Norte, etc.) Esta quantidade de nações poderosas e uma maioria qualificada dos habitantes do mundo não apoiam, portanto, o sistema do Estatuto de Roma, de modo que não se pode afirmar, sem arrogância ao menos, que ele represente os valores da humanidade e da consciência jurídica universal. (tradução nossa).

Os defensores dos direitos humanos quando tratam do Estatuto, não o fazem com olhos voltados estritamente para a dogmática penal; buscam compreendê-lo como uma instância que tem, como objetivo principal, a proteção da dignidade da pessoa humana.

A missão do Estatuto é afirmar a Corte Penal Internacional como mais uma instância de tutela dos direitos humanos, que utiliza o discurso penal, mas o faz com finalidades que vão ultrapassar a mera apuração da responsabilidade individual, objeto primeiro do direito penal.

Esta posição fica clara quando se lê o preâmbulo do Estatuto e se percebe que a maior preocupação não é a responsabilização individual, mas o combate à impunidade e ao esquecimento, na busca da paz e da reconciliação necessária para as partes envolvidas.

Recentemente, o Tribunal tem enfrentado dificuldades na condução das investigações dos delitos ocorridos em Uganda⁵¹, tendo se deparado com o seguinte dilema: levar até o fim o processo contra os praticantes de um massacre, acirrando as rivalidades internas? Ou, ao contrário, esquecer seus crimes, se isso abrir caminho para a paz?

Em Uganda, existe o receio de que o exercício da jurisdição do TPI venha a perturbar o processo de paz já iniciado, o que levou as autoridades nacionais e a própria Corte a avaliar necessidade de sua atuação. Por fim, decidiu-se pela continuação das investigações e apuração das responsabilidades.

⁵¹ No texto *Vinte anos de guerra sem fim*, André-Michel Essoungou (2007b) tratando da guerra civil em Uganda afirma: “Cinco, vinte ou cem mil mortes? Em mais de vinte anos, não se tem estimativa confiável do número de vítimas da guerra do norte de Uganda. Desde 1986, com o início da rebelião de Alice Lakwena, a região nunca mais teve paz. Derrotado às portas de Kampala, em novembro de 1987, o Movimento do Espírito Santo (Holy Spirit Movement) foi, rapidamente, substituído pelo Exército de Resistência do Senhor (ERS ou Lord’s Resistance Army, LRA), dirigido por Joseph Kony, sobrinho de Lakwena. Ambos acreditam que são dirigidos pelo espírito santo e propõem a imposição de um poder baseado nos Dez Mandamentos”.

Incrédulo, Jan Egeland, o subsecretário geral das Nações Unidas para as questões humanitárias, discutiu com refugiados do norte de Uganda em setembro de 2006. O chefe de um campo de 25 mil pessoas enfatizou: “Não queremos o Tribunal Penal Internacional (TPI). Queremos a paz”. Egeland argumentou: “Mas é necessário que a justiça seja assegurada a vocês”. “Sem dúvida”, responde seu interlocutor, “mas o julgamento de cinco pessoas nos trará de volta aqueles que perdemos? O TPI vai nos devolver a paz? Ou favorece a continuação da guerra?”

A rebelião do Exército de Resistência do Senhor (ERS) alimenta o mais antigo conflito em curso no continente africano. Diversas intervenções fracassaram. No final de 2003, o TPI foi convidado, pelas autoridades ugandenses, a investigar as atrocidades cometidas pelo ERS no norte do país. Cinco chefes militares foram acusados pelo tribunal, por crimes de guerra e contra a humanidade. A intervenção judicial suscita uma grande controvérsia na região. De acordo com algumas pessoas – incluindo vítimas – as acusações constituiriam um freio ao processo de paz iniciado entre rebeldes e Kampala em julho de 2006.⁵²

Assim, pode-se afirmar que o fundamento do Tribunal Penal Internacional é a promoção dos direitos humanos pautada em uma perspectiva universalista, de defesa de valores universais e de reconhecimento da dignidade humana, o que insere este órgão judicante na busca de uma tutela mais efetiva para esses direitos, originando um modelo jurídico-criminal que não é defensável, tampouco viável, se discutido apenas no campo exclusivamente penal.

2.4 OS TRIBUNAIS DE NUREMBERG E DE TÓQUIO

Ao abrir os trabalhos do julgamento de Nuremberg, Robert Jackson⁵³, juiz norte-americano que atuou como promotor-chefe da acusação, revelou em suas palavras iniciais um pouco do espírito da época, do clima de ansiedade que envolvia a todos no julgamento, e de forma geral, os desejos da sociedade do pós-guerra.

Não devemos esquecer que os parâmetros pelos quais julgamos hoje estes acusados são os parâmetros pelos quais a história nos julgará amanhã. Passar a estes acusados um cálice envenenado é pôr esse cálice em nossos próprios lábios. Devemos observar em nossa conduta tal imparcialidade e integridade que a posteridade possa elogiar este

⁵² ESSOUNGOU, 2007a.

⁵³ Robert Jackson (1892-1954) era Ministro da Suprema Corte Norte-americana e atuou como Procurador-Chefe nos julgamentos de Nuremberg.

juízo por ter cumprido as aspirações da humanidade para que se faça justiça.⁵⁴

Nuremberg inaugurou um novo tempo. Anunciou um renovado sentido de esperança e de justiça. O direito das gentes, o direito internacional penal e o direito penal internacional não mais seriam os mesmos.

A idéia de julgar os responsáveis por crimes de guerra já tinha sido aventada ao final da primeira guerra mundial quando os aliados desejaram submeter a julgamento o imperador alemão Guilherme II. No entanto, esse conseguiu escapar e encontrou asilo na Holanda. Peticionada a extradição aos Países Baixos, o pedido foi negado, o que jogou por terra essa primeira tentativa de instituição de uma corte internacional.

Dessa forma, ao final da Segunda Grande Guerra, os Estados Unidos, a URSS, a Grã-Bretanha e a França, com o intuito de evitar o desfecho da primeira guerra, celebraram, em 08 de agosto de 1945, o acordo de Londres, pelo qual criaram o Tribunal Militar de Nuremberg⁵⁵, o primeiro Tribunal Penal Internacional; posteriormente na Ásia, o Comandante Supremo das Forças Aliadas (General MacArthur), em 19 de janeiro de 1946, criaria o Tribunal Militar Internacional de Tóquio.

Para Celso Lafer⁵⁶:

A concepção de um Direito Internacional Penal que Nuremberg ensejou parte do pressuposto de que existem certas exigências fundamentais de vida na sociedade internacional. Estas exigências configuram-se como sendo as da ordem pública internacional. Conseqüentemente, toda ação ou omissão contrária do Direito Internacional Público, nociva à ordem internacional, precisaria ser tipificada em norma internacional geral como ilícito penal, pois o comportamento ilícito, concebido como gravíssimo

⁵⁴ "We must never forget that the record on which we judge these defendants today is the record on which history will judge us tomorrow. To pass these defendants a poisoned chalice is to put it to our own lips as well. We must summon such detachment and intellectual integrity to our task that this Trial will commend itself to posterity as fulfilling humanity's aspirations to do justice". JACKSON, 2007 (tradução nossa).

⁵⁵ Jean-Paul Bazelaire e Thierry Cretin (2004) colocam que "O Tribunal Militar internacional não nasceu espontaneamente e subitamente no fim da Segunda Guerra Mundial. Na realidade, durante todo o conflito, os aliados e os representantes dos governos da Europa no exílio encontraram-se diversas vezes para considerar a sorte que estaria reservada aos responsáveis nazistas após o conflito. A idéia de submeter à justiça os atos dos chefes nazistas não foi imediatamente evidente. Mas nas conferências de Moscou e Teerã em 1943, de Yalta e de Potsdam em 1945, as três grandes potências, os Estados Unidos, União das Repúblicas Socialistas Soviéticas e Grã-Bretanha, fazem um acordo para que sejam julgados e punidos os responsáveis pelos crimes de guerra. Em seguida, o tribunal militar internacional é criado pelos acordos de Londres em 08 de agosto de 1945 ocorridos entre as quatro grandes potências".

⁵⁶ LAFER, 1988.

atentado contra os próprios fundamentos da sociedade internacional, deveria acarretar não apenas a reparação civil interestatal do dano- vale dizer, a concepção clássica de responsabilidade do Direito das Gentes- mas a responsabilidade penal individual dos governantes e daqueles que executam, e cumprem as suas determinações.

Segundo o acordo, a competência do Tribunal envolvia o julgamento de três categorias de crimes: os crimes contra a paz, que consistiam em “*projetar, preparar, desencadear ou prosseguir uma guerra de agressão ou um guerra feita em violação de tratados, acordos ou compromissos internacionais*”⁵⁷, crimes de guerras, que se referiam às violações das leis e costumes de guerra, e os crimes contra a humanidade, uma novidade, e que eram definidos como:

o assassinato, o extermínio, a sujeição à escravidão, a deportação ou qualquer outro ato desumano cometido contra qualquer população civil, ou perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos, quando tais atos ou perseguições forem cometidos na sequência de um crime contra a paz ou de um crime de guerra ou estiverem ligados a estes crimes.⁵⁸

O Tribunal de Nuremberg, que combinou elementos do sistema da Common Law e do direito europeu continental, funcionou entre 1945 e 1947. Nesse período, realizou 403 seções, ouviu 94 testemunhas, produziu quatro mil documentos e dezessete mil horas impressas; ao final, julgou 21 pessoas. Em 19 de agosto de 1947, o próprio Tribunal divulgou as sentenças e um outro documento que ficou conhecido como Código de Nuremberg⁵⁹. Este documento, de forma inédita,

⁵⁷ Artigo 6.º, a) dos princípios de Nuremberg Estatuto de Nuremberg.

⁵⁸ Artigo 6.º, c).

⁵⁹ “1.O consentimento voluntário do ser humano é absolutamente essencial. Isso significa que as pessoas que serão submetidas ao experimento devem ser legalmente capazes de dar consentimento; essas pessoas devem exercer o livre direito de escolha sem qualquer intervenção de elementos de força, fraude, mentira, coação, astúcia ou outra forma de restrição posterior; devem ter conhecimento suficiente do assunto em estudo para tomarem uma decisão. Esse último aspecto exige que sejam explicados às pessoas a natureza, a duração e o propósito do experimento; os métodos segundo os quais será conduzido; as inconveniências e os riscos esperados; os efeitos sobre a saúde ou sobre a pessoa do participante, que eventualmente possam ocorrer, devido à sua participação no experimento. O dever e a responsabilidade de garantir a qualidade do consentimento repousam sobre o pesquisador que inicia ou dirige um experimento ou se compromete nele. São deveres e responsabilidades pessoais que não podem ser delegados a outrem impunemente.2.O experimento deve ser tal que produza resultados vantajosos para a sociedade, que não possam ser buscados por outros métodos de estudo, mas não podem ser feitos de maneira casuística ou desnecessariamente.3.O experimento deve ser baseado em resultados de experimentação em animais e no conhecimento da evolução da doença ou outros problemas em estudo; dessa maneira,

estabeleceu diretrizes sobre os aspectos éticos a serem observados na pesquisa em seres humanos.

Várias foram as objeções levantadas contra o Tribunal: o fato de constituir uma justiça de vencedores; a falta de legalidade e legitimidade dos crimes e das penas estabelecidos pela inobservância do princípio “*nullum crime, nulla poena sine lege*”; não terem figurado no banco do réus os próprios aliados que, igualmente, cometeram atrocidades similares às dos alemães.

Todas essas questões foram discutidas e superadas durante os trabalhos, sob o argumento, em última análise, de que os terríveis crimes cometidos deviam e precisavam ser punidos, refletindo o que Churchill já declarara, em 1942, perante a Câmara dos Comuns⁶⁰.

O foco de maior resistência à competência do Tribunal de Nuremberg recaiu, sem dúvida, na discussão sobre o princípio da reserva legal ou do “*nullum crime, nulla poena sine lege*”⁶¹, pelo qual a consideração de um fato como delituoso e a imposição de uma sanção depende de anterior previsão legal, ou seja, de que o fato esteja previamente descrito na lei penal.

os resultados já conhecidos justificam a condição do experimento.4.O experimento deve ser conduzido de maneira a evitar todo sofrimento e danos desnecessários, quer físicos, quer materiais.5.Não deve ser conduzido qualquer experimento quando existirem razões para acreditar que pode ocorrer morte ou invalidez permanente; exceto, talvez, quando o próprio médico pesquisador se submeter ao experimento.6.O grau de risco aceitável deve ser limitado pela importância do problema que o pesquisador se propõe a resolver.7.Devem ser tomados cuidados especiais para proteger o participante do experimento de qualquer possibilidade de dano, invalidez ou morte, mesmo que remota.8.O experimento deve ser conduzido apenas por pessoas cientificamente qualificadas.9.O participante do experimento deve ter a liberdade de se retirar no decorrer do experimento.10.O pesquisador deve estar preparado para suspender os procedimentos experimentais em qualquer estágio, se ele tiver motivos razoáveis para acreditar que a continuação do experimento provavelmente causará dano, invalidez ou morte para os participantes.”

⁶⁰ “A punição destes crimes deve, doravante, constituir um dos objectivos principais da guerra”. (GARAPON, 2002, p 39).

⁶¹ No direito brasileiro, Nelson Hungria (1958, p. 31), opondo-se ao Tribunal de Nuremberg, afirmava na década de 40: “O Tribunal de Nuremberg há de ficar como uma nódoa da civilização contemporânea: fez tábula rasa do *nullum crimen, nulla poena sine lege* (com um improvisado Plano de julgamento, de efeito retroativo, incriminou fatos pretéritos e impôs aos seus autores o ‘enforcamento’ e penas puramente arbitrárias); desatendeu ao princípio da ‘territorialidade da lei penal’; estabeleceu a responsabilidade penal de indivíduos participantes de tais ou quais associações, ainda que alheios aos fatos a ele imputados, funcionou em nome dos vencedores, que haviam os mesmíssimos fatos atribuídos aos réus; suas sentenças eram inapeláveis, ainda quando decretavam a pena de morte. Como diz Montero Schmidt (Ver. de Ciências Penales, tomo IX, nº 4, 1946): ‘jamás había podido concebir la mente de jurista alguno um derumbe más grande de los principios de Derecho, que se iluminó, al poste, com una escerna grotesca: el ahorcamiento del cadáver del Mariscal Goering, después que éste se había suicidado!’”

Para Daniel Pastor⁶²,

Contemporaneamente o julgamento de Nuremberg foi criticado desde o ponto de vista técnico. O sistema aplicado não pôde, nem podia alcançar as exigências mínimas requeridas pela ciência jurídico-penal da época para ser aceita como aplicação razoável da violência por meio do direito. A violação do princípio *nulla poena, nullum crime sine lege* foi avassaladora. Tentou-se salvá-la por uma invocação ao direito natural surpreendente para o estado da evolução jurídica, sobretudo pelo que significa o precedente de submeter as pessoas a uma regulação jurídica meta-legal, se leva-se em conta não tanto a justiça das condenações de Nuremberg, senão que pelo mesmo expediente pode ser condenado qualquer pessoa por qualquer coisa (dissidentes políticos, homossexuais, etc.).

Os juízes de Nuremberg, ao cuidarem desse fato, reconheceram que, realmente, não existia lei anterior a descrever essas condutas agora tidas por delituosas; porém, avançaram, afirmando que, na verdade, a discussão não recaía na inexistência de lei anterior, mas no fato de que os atos em si, por sua gravidade, não eram sequer possíveis de serem conhecidos ou imaginados pelo legislador; logo, se houve uma violação do princípio, tal fato ocorreu apenas formalmente, e não substancialmente, pois a justiça exigia o julgamento.⁶³

A partir de Nuremberg, novas questões passaram a inquietar os juristas, pois se toda a construção normativa anterior apontava para o positivismo jurídico como o modelo mais correto de compreensão e aperfeiçoamento do direito, os desmandos

⁶² “Ya contemporáneamente el juicio de Núremberg fue criticado desde el punto de vista técnico. El sistema aplicado no pudo, ni podía alcanzar las exigencias mínimas requeridas por la ciencia jurídico-penal de la época para ser aceptado como aplicación razonable de la violencia por medio del derecho. La violación del principio *nulla poena, nullum crimen sine lege* fue avassalladora. Se intentó salvarla por una invocación al derecho natural sorprendente para el estado de la evolución jurídica, sobre todo por lo que significa el precedente de someter a las personas a una regulación jurídica meta-legal, si se piensa especialmente no tanto en la justicia de las condenas de Núremberg, sino en que por el mismo expediente puede ser condenado cualquiera por cualquier cosa (disidentes políticos, homosexuales, etc.)”. PASTOR, 2006, p. 42.

⁶³ Hannah Arendt (1999, p. 277) no livro “Eichmann em Jerusalém”, em que trata do julgamento de Adolf Eichmann, nazista sequestrado em um subúrbio de Buenos Aires, relata situação similar enfrentada pela Corte de Jerusalém diante do argumento de não ter esta observado o princípio “*nullum crime, nulla poena sine lege*”. “A resposta da corte às primeiras objecções foi simples: os julgamentos de Nuremberg foram citados em Jerusalém como um precedente válido; atuando sob a lei municipal, os juízes não poderiam ter feito diferentemente, uma vez que a Lei (Punitiva) dos Nazistas e Colaboradores dos Nazistas, de 1950, era baseada nesse precedente. “A legislação particular”, indicou a sentença, “é totalmente diferente de qualquer outra legislação usual em códigos criminais”, e a razão dessa diferença está na natureza dos crimes com que lida. Sua retroatividade, pode-se acrescentar, viola apenas formalmente, não substancialmente, o princípio de *nullum crimen, nulla poena sine lege*, uma vez que este se aplica significativamente apenas a atos conhecidos pelo legislador; se um crime antes desconhecido, como o genocídio, repentinamente aparece, a própria justiça exige julgamento segundo uma nova lei; no caso de Nuremberg, essa nova lei foi a Carta (o Acordo de Londres de 1945); no caso de Israel, a Lei de 1950.”

nazistas mostraram que era temeroso conceber um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos, no qual prevalecesse unicamente a crença irrestrita na lei.

Essa preocupação decorreu do fato de que todo o programa de ação do partido nazista era meticulosamente pautado na lei, chegando ao absurdo de, em 1933, ser aprovada lei que extinguiu o próprio poder Legislativo na Alemanha, transferindo suas atribuições para o Executivo.

Salinas⁶⁴, realçando esses fatos, aponta

Acontecimento inusitado na história parlamentar de qualquer povo foi a sessão do *Reichstag* do dia 23 de março de 1933. Os nazistas obtiveram a votação de uma lei que abolia, praticamente, o poder Legislativo. No artigo primeiro o poder Legislativo passava do *Reichstag* ao chanceler. Pelo artigo segundo, atribuía ao governo plenos poderes para modificar a Constituição; o artigo terceiro atribuía ao chanceler a promulgação das leis (atribuição do presidente da República até o momento). Pelo artigo quarto, a assinatura dos tratados internacionais era tarefa exclusiva do governo. Finalmente, pelo artigo quinto essa lei duraria pelos quatro anos da legislatura.

Assim, o que ocorreu após Nuremberg foi um retorno às concepções jusnaturalistas, um regresso ao direito natural, na tentativa de se encontrar fundamentos e respostas para as novas categorias jurídicas que se apresentavam e que, desse momento em diante, modificariam o pensamento jurídico vigente.

Para Fábio Konder Comparato⁶⁵,

A grande falha teórica do positivismo, porém, como as experiências totalitárias do século XX cruamente demonstraram, é a sua incapacidade (ou formal recusa) em encontrar um fundamento ou razão justificativa para o direito, sem recair em mera tautologia.

A discussão sobre a lei, o conteúdo da norma e, principalmente, a fundamentação dos direitos humanos ganhou relevo, pois não era mais concebível entendê-los como restritos ao legalmente estatuído, o que abriu novos horizontes e inaugurou novos padrões hermenêuticos tanto no plano do direito interno, quanto, e, principalmente, no plano do direito internacional.

Antoine Garapon⁶⁶ alerta para o fato de Nuremberg constituir um ato fundador, significar uma referência permanente no estabelecimento de uma justiça internacional.

⁶⁴ SALINAS, 1996, p. 39.

⁶⁵ COMPARATO, 2007.

⁶⁶ GARAPON, 2002, p. 26.

O processo de Nuremberga foi o último acto da guerra ou a primeira pedra de um justiça internacional, «o direito de um momento ou o momento de um direito»? Com o passar do tempo, parece ter adquirido o valor de precedente, servindo de referência a praticamente todos os processos ulteriores. As suas múltiplas imperfeições foram paulatinamente purgadas pelo trabalho minucioso os juristas que dele retiraram vários princípios. As suas irregularidades prescreveram com o tempo, deixando na nossa memória coletiva apenas um acto fundador.

O Tribunal Militar de Tóquio não deixou as mesmas marcas, não teve o mesmo alcance de Nuremberg, tampouco lançou questões novas; as diferenças entre ambos residiram em meras questões técnicas, referentes à forma de condução do processo e à competência, nada que desnaturasse a importância do julgamento.

Constituído nos moldes de Nuremberg, contou com 11 juízes oriundos da Austrália, Canadá, China, EUA, Filipinas, França, Grã-Bretanha, Holanda, Índia, Nova Zelândia e URSS. Os julgamentos tiveram início em maio de 1946 e se encerraram em novembro de 1948; ao todo foram julgados 28 acusados, 9 civis e 19 militares.

Jean-Paul Bazelaire e Thierry Cretin⁶⁷, ao cuidar do Tribunal de Tóquio, afirmam:

A Carta do TMI para o Extremo Oriente conta com 17 artigos contra 30 do Estatuto do Tribunal de Nuremberg. Mas, de qualquer forma, a substância e a forma são na realidade muito parecidas. Assim, o art. 5º confia como de sua competência material os crimes contra a paz, os crimes contra as contravenções de guerra e os crimes contra a humanidade, todas as infrações cujas definições são quase idênticas (quase com as mesmas palavras) às do estatuto de Nuremberg. Ainda assim são colocadas todas as regras relativas à organização de processos legais (art. 9º), concedendo ao acusado os direitos mais fundamentais de notificação em tempo útil do ato de acusação, de assistência por um advogado, da possibilidade de fazer ouvir testemunhas de defesa e de contra-interrogar as testemunhas de acusação, e de acompanhar todas as fases do processo em seu idioma. Da mesma forma, as penas sofridas são a pena capital ou qualquer outra pena que o tribunal estime útil (art. 16). O recurso não é previsto exceto se for considerado audaciosamente que o poder de atenuar ou de modificar a sentença (sem agravá-la) confiado ao comandante-chefe supremo para as potências aliadas é uma via de recurso. Assim, enfim, a obediência a ordens recebidas de um governo ou de um superior não pode constituir uma causa de exoneração de responsabilidade — no máximo, conforme as circunstâncias, pode ser uma causa de atenuação da pena (art. 6º). Além disso, é colocado o princípio de responsabilidade dos dirigentes pelos atos de quem quer que seja na execução de um plano traçado com o objetivo de cometer os crimes da Carta.

⁶⁷ BAZELAIRE; CRETIN, 2004.

As críticas a esse Tribunal foram as mesmas lançadas a Nuremberg, todavia a distância geográfica e a execução dos condenados nazistas na cidade alemã ofuscou, em certa medida, a relevância do julgamento conduzido do oriente.

2.5 A ONU NO CAMINHO DA JURISDIÇÃO PENAL INTERNACIONAL: CONTRIBUIÇÕES E ENTRAVES

O fim da segunda guerra representou não apenas o fim de mais um conflito internacional, mas o despertar para um novo elenco de conjunturas que passaram a influenciar o cotidiano de todos os países que viveram, ou não, as suas mazelas

É a partir de 1945 que a temática dos direitos humanos entra, de forma incisiva, na agenda dos Estados que, perplexos com os acontecimentos ocorridos durante a guerra e com os julgamentos que a sucederam, passaram a destinar uma preocupação especial a matéria.

Um dos capítulos importantes desse período foi a criação, em 24 de outubro de 1945, da ONU em substituição à antiga Liga das Nações⁶⁸. A edificação da ONU marcou um novo rumo na busca da paz mundial, pois como ensina Celso Mello⁶⁹:

é de se repetir a opinião de Franz Schurman de que a Sociedade das Nações estava mais no espírito do século XIX de um congresso das nações, enquanto a ONU é pela primeira vez na História 'a concreta institucionalização de uma idéia de governo mundial'.

⁶⁸ Cuidando da Liga das Nações, Flávia Piovesan (2006, p. 110 et. seq.) observa "Tinha como finalidade promover a cooperação, paz e segurança internacional, condenando agressões externas contra a integridade territorial e a independência política de seus membros. A Convenção da Liga das Nações, de 1920, continha previsões genéricas relativas aos direitos humanos, destacando-se as voltadas ao mandate system of the League, ao sistema das minorias e ao padrão internacional do direito ao trabalho – pelo qual os Estados comprometiam-se a assegurar condições justas e dignas de trabalho para homens, mulheres e crianças. Estes dispositivos representavam um limite à concepção de soberania estatal absoluta, na medida em que a Convenção da Liga estabelecia sanções econômicas e militares a serem impostas pela comunidade internacional contra os estados que violassem suas obrigações. Redefinia-se, deste modo, a noção de soberania absoluta do Estado, que passava a incorporar, em seu conceito, compromissos e obrigações de alcance internacional, no que diz respeito aos direitos humanos."

⁶⁹ MELLO, 2002, p. 624.

A ONU⁷⁰ nasceu com diversos objetivos: manter a paz e a segurança internacional; empreender esforços para a cooperação internacional no plano dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais; estimular a cordialidade entre as nações, e, sobretudo, atuar, eficazmente, pela promoção e proteção internacional dos direitos humanos. Com o passar do tempo, novas necessidades foram se agregando, elastecendo a atuação da entidade, porém a defesa dos direitos humanos permaneceu como o objetivo principal.

Em 1946, é criada a Comissão de Direitos Humanos, que, segundo Celso Lafer, formulou uma agenda para a ONU na área de direitos humanos “sob o conceito de uma Carta Internacional dos Direitos Humanos, que compreendia a elaboração de uma Declaração Universal, de uma Convenção de Direitos Humanos e o estabelecimento de *medidas de implementação*”⁷¹.

Em 1948, a ONU dá início a estudos sobre a criação de um Tribunal Penal Internacional. Nesse mesmo ano, adota a Declaração Universal sobre os Direitos Humanos e a Convenção para a prevenção e punição do crime de Genocídio.

⁷⁰ No texto a ONU e os direitos humanos Celso Lafer (2007) observa que “Foi necessária a catástrofe da Segunda Guerra Mundial para que os direitos humanos passassem a receber, no sistema internacional, no *direito novo* criado pela Carta da ONU, uma abordagem distinta daquela com a qual vinham sendo habitualmente tratados. Os desmandos dos totalitarismos que terrorizavam vários países da Europa e que levaram ao megaconflito haviam consolidado a percepção kantiana de que os regimes democráticos apoiados nos direitos humanos eram os mais propícios à manutenção da paz e da segurança internacionais. Daí a necessidade de apoiar em normas internacionais o ideal dos direitos humanos. Sobretudo, insinua-se, entre os líderes democráticos, a percepção de que os direitos humanos não podem mais constituir matéria do domínio exclusivo dos Estados e que algum tipo de controle internacional faz-se necessário para conter o mal ativo e passivo prevalecentes no mundo. Trata-se, à luz do que tinha sido o horror da guerra e o horror do holocausto, da incorporação da idéia kantiana do direito à hospitalidade universal, sem o qual nenhum ser humano pode, diante da soberania estatal, sentir-se à vontade e em casa no mundo. Já durante a Segunda Guerra, nos exercícios de reflexão sobre a futura organização internacional, que acabariam levando à criação da Organização das Nações Unidas, essas preocupações estavam presentes entre os líderes das democracias ocidentais, apesar de associadas também a considerações de *Realpolitik*. Nesse contexto, havia o problema da União Soviética, aliado fundamental no esmagamento do nazifascismo. A participação da URSS na nova organização mundial era fundamental para que esta pudesse revelar-se de alguma utilidade, enquanto órgão destinado à manutenção da paz. Como convencer um regime, inequivocamente totalitário no longo consulado de Stalin, a endossar documentos que promoviam valores incompatíveis com a sua natureza? Essa era uma das questões fundamentais que se colocavam. A saída para tal dificuldade, na prática, beneficiou-se do fato de que a União Soviética, a essa altura, já havia desenvolvido sua própria concepção de direitos humanos, caracterizada por uma interpretação própria dos direitos civis e políticos e por uma ênfase nos direitos econômicos e sociais. O fato permitiu que se adotassem muitas vezes documentos consensuais contendo uma linguagem aceitável para todos, cuja leitura era, entretanto, diversa. É o que podemos ver na Declaração das Nações Unidas, de 1942, nos documentos de Dumbarton Oaks e, na própria Carta de São Francisco.”

⁷¹ Ibid.

As conclusões dos estudos sobre a jurisdição penal internacional são apresentadas em 1949, todavia a divisão bipolar do mundo e o clima de guerra fria que dominam o cenário internacional, impedem qualquer avanço na temática.

Para Hobsbawm⁷²:

A peculiaridade da Guerra fria era a de que, em termos objetivos, não existia perigo iminente de guerra mundial. Mais que isso: apesar da retórica apocalíptica de ambos os lados, mas sobretudo do lado americano, os governos das duas superpotências aceitaram a distribuição global de forças no fim da segunda Guerra Mundial, que equivalia a um equilíbrio de poder desigual mas não contestado em sua essência. A URSS controlava uma parte do globo, ou sobre ela exercia predominantemente influência - a zona ocupada pelo Exército Vermelho e/ou outras Forças Armadas comunistas no término da guerra - e não tentava ampliá-la com o uso de força militar. Os EUA exerciam controle e predominância sobre o resto do mundo capitalista, além do hemisfério norte e oceanos, assumindo o que restava da velha hegemonia imperial das antigas potências coloniais. Em troca, não intervinha na zona aceita de hegemonia soviética.

A guerra fria, apesar de ter paralisado a discussão sobre a corte penal internacional, não impediu que a discussão sobre os direitos humanos avançasse. Um exemplo disso é o processo de internacionalização dos direitos humanos que encontrando seu marco inicial na Declaração Universal de 1948, verá sua importância ampliada pela elaboração dos pactos de direitos civis e políticos e de direitos econômicos, sociais e culturais, ambos de 1966, cumprindo a estratégia da Comissão de Direitos Humanos da ONU de conceber uma Carta Internacional dos Direitos Humanos, a *International Bill of Rights*.

Os pactos tiveram por objetivo judicializar a Declaração, que não possuía força jurídica, com caráter meramente recomendatório, simples peça de soft law, na terminologia do direito anglo-saxão; esses, uma vez em vigor, criavam obrigações para os Estados-partes a serem observadas e passíveis de cobrança. Os pactos surgem como decorrência do processo de intensificação da luta pelos direitos humanos que se processa, principalmente, a partir da década de 60.

Jack Donnelly⁷³ diz que:

⁷² HOBBSAWM, 1997, p. 224.

⁷³ "The Universal Declaration, like any list of human rights, specifies minimum conditions for a dignified life, a life worthy of a human being. Even wealthy and powerful countries regularly fall far short of these requirements. As we have seen, however, this is precisely when, and perhaps even why, having human rights is so important: they demand, as rights, the social changes required to realize the underlying moral vision of human nature". (DONNELLY, 2003, p. 15)

A Declaração Universal, como todo rol de direitos humanos, especifica circunstâncias mínimas para uma vida com dignidade, uma vida digna de um ser humano. Até mesmo ricos e poderosos países, regularmente, não são conseguem cumprir com essas exigências. Como nós vimos, entretanto, é precisamente quando, e mesmo porque, ter direitos humanos é tão importante: eles demandam, como direitos, mudanças sociais requeridas para a compreensão da visão moral que está na base da natureza humana.

É desse período também a realização da I Conferência Mundial de Direitos Humanos⁷⁴, ocorrida entre os dias 22 de abril e 13 de maio de 1968, em Teerã, no Irã, com a participação de 84 Estados, além de representantes de organismos internacionais e organizações não-governamentais. Nas palavras de Antônio Augusto Cançado Trindade⁷⁵, a maior contribuição de Teerã foi a “asserção de uma nova visão, global e integrada, de todos os direitos humanos”.

Em 1989, o mundo inteiro assiste à queda do muro de Berlim que representou não somente o fim da guerra fria, mas do embate ideológico que dividiu o mundo entre leste e oeste por mais de 40 anos.

Derrubados os pilares do antigo sistema, a década de 90 começa cheia de esperanças. Simboliza um novo momento na teoria dos direitos humanos, em que se acentua a especificidade desses direitos e se multiplicam os instrumentos

⁷⁴ Cuidando da Conferência de Teerã, que nomina de precedente esquecido, assevera Lindgreen Alves (2007a): “Em 1968, o sistema internacional emergia a custo da fase “abstencionista” de promoção dos direitos humanos, ainda sem qualquer mecanismo para sua proteção. A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial havia sido adotada pela Assembléia Geral em 1965, e os dois Pactos Internacionais, sobre Direitos Cívicos e Políticos e sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 1966, mas nenhum desses instrumentos conseguira o número de ratificações necessárias à sua entrada em vigor. Não dispondo de tratado jurídico abrangente a respaldar com força cogente os direitos proclamados na Declaração de 1948, o sistema não contava com os comitês previstos nos textos dos pactos e convenções para acompanhar sua observância pelos Estados-partes (os chamados *treaty bodies*, ou “órgão de implementação”), nem, muito menos, de mecanismos de monitoramento extraconvencionais (relatores ou grupos de trabalho estabelecidos por simples resoluções) habilitados a denunciar violações. A noção clássica de soberania como atributo “absoluto” dos Estados apresentava-se formalmente sacrossanta, não podendo a Comissão dos Direitos Humanos tomar qualquer atitude diante da comunicações de violações que recebia, ou aprovar resoluções sobre países específicos, sem incorrer na acusação de infringir o princípio da não-intervenção em assuntos internos, previsto no artigo 2º, parágrafo 7º, da Carta das Nações Unidas.” As ONGs atuantes eram poucas, pouquíssimas as credenciadas para assistir como observadoras aos trabalhos da ONU, não lhes sendo facultado criticar países nas sessões dos órgãos competentes – os quais eram, sem embargo, por elas regularmente denunciados na imprensa internacional. Limitada em sua atuação pelas disputas ideológicas Leste-Oeste, a ONU contava em seu ativo sobretudo com os avanços obtidos no processo de descolonização. Estes se traduziam no grande número de países afro-asiáticos recém-emersos do sistema colonial e acolhidos na Assembléia Geral, todos mobilizados contra o colonialismo, a discriminação racial e o regime aparteidista sul-africano, de efeitos sensíveis por toda a África Austral. Em contraste com os apenas 58 Estados soberanos que haviam participado, em Paris, da votação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 (dois terços da humanidade viviam, na época, em territórios coloniais), da Conferência de Teerã, em 1968, já participaram delegações de 84 países independentes.”

⁷⁵ TRINDADE, 2003, p. 26.

internacionais de proteção. O entusiasmo toma conta de todos. Parecia que nada podia impedir o reconhecimento dos direitos humanos como um “tema global”⁷⁶; os pronunciamentos oficiais, os argumentos dos militantes, os relatórios das ONGS, davam a entender que, finalmente, avizinhava-se uma linguagem comum. Era possível o diálogo.

Entretanto, ao mesmo tempo em que tudo progredia para o consenso, a década de 90 exibiu o retorno da barbárie, dos nacionalismos, do desrespeito pelas minorias étnicas, estimulado, principalmente, pelo fim do artificialismo que comandou a Europa por várias décadas.

Os conflitos nacionais que despedaçam o continente na década de 1990 são as galinhas velhas do Tratado de Versalhes voltando mais uma vez para o choco. O remapeamento do Oriente Médio se deu ao longo de linhas imperialistas – divisão entre Grã-Bretanha e França – com exceção da Palestina, onde o governo britânico, ansioso por apoio internacional judeu durante a guerra, tinha, de maneira incauta e ambígua, prometido estabelecer “um lar nacional” para os judeus. Essa seria outra relíquia problemática e não esquecida da Primeira Guerra Mundial.⁷⁷

Os conflitos da Bósnia e, em seguida, de Ruanda, ocorrendo de forma, praticamente, simultânea à Convenção de Viena⁷⁸ de 1993 mostraram que a discussão sobre os direitos humanos estava apenas começando, que existia um longo e incerto caminho a percorrer, em que, cada vez mais, novos questionamentos e preocupações surgiam, tornando necessário avançar na compreensão do real significado dos direitos humanos.

⁷⁶ Em obra com o título “Os direitos humanos como tema global”, o embaixador J. A. Lindgren Alves (2003) apresenta importante estudo para a compreensão do processo de internacionalização dos direitos humanos.

⁷⁷ Ibid., p. 224.

⁷⁸ O passo mais significativo – ainda que não “definitivo” – no caminho da universalização formal da Declaração de 1948 foi dado na Conferência Mundial dos Direitos Humanos, realizada em Viena, em Junho de 1993. Maior conclave internacional jamais reunido até então para tratar da matéria, congregando representantes de todas as grandes culturas, religiões e sistemas sócio-políticos, com delegações de todos os países (mais de 170) de um mundo já praticamente sem colônia, a Conferência de Viena adotou por consenso – portanto, sem votação e reservas- seu documento final: a Declaração e Programa de Ação de Viena. Este afirma, sem ambiguidade, no Artigo 1º: “A natureza universal desses direitos e liberdades não admite dúvidas”. (Id., 2005, p. 25).

Se o grande problema da ONU⁷⁹, logo após a segunda guerra mundial, era o de se afirmar perante a comunidade das nações como um fórum depositário das reivindicações entre os estados e o de inseri-los no debate sobre os direitos humanos, cooptando sua participação; a ONU na década de 90 enfrenta problemas maiores; nacionalismos, particularismos, práticas terroristas, genocídio, apatridia, dentre outros, são conceitos que retratam esse novo período das relações internacionais, em que o papel mediador da ONU, vem sendo questionado e posto à prova.

Sem dúvida, a ONU se impôs como a grande mediadora das relações internacionais, fomentando uma política externa baseada na cordialidade entre as nações e no respeito à dignidade humana, contudo os acontecimentos que a sacudiram nos últimos 15 anos lançaram perguntas ainda não devidamente respondidas.

Afinal como lidar com conflitos que se apresentam cada vez mais fragmentados? Como promover uma política voltada para os direitos humanos se os seus maiores violadores são também os maiores financiadores da instituição? Como expandir o processo de internacionalização dos direitos humanos em tempo de globalização? Todas essas questões têm inquietado seus dirigentes, bem como todos os defensores dos direitos humanos espalhados pelos cinco continentes. O caminho para as respostas ainda está em construção.

⁷⁹ Como informa Celso Lafer (2007), “a estrutura normativa atual de direitos humanos no quadro das Nações Unidas é integrada também por diversas Convenções como a Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio, a Convenção sobre o *Status* dos Refugiados, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, as Convenções sobre Escravidão (a primeira das quais remonta a 1926), a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Punições Cruéis, Desumanos ou Degradantes, e mais recentemente, a Convenção sobre os Direitos da Criança.”

2.6 OS TRIBUNAIS PENAIS INTERNACIONAIS AD HOC

2.6.1 O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia

As origens do conflito que eclodiu na Ex-Iugoslávia, em 1992, remontam ao fim da primeira guerra mundial, quando, logo após a derrota alemã, o mapa europeu foi redefinido pelos aliados.

Com o intuito de impedir a influência germânica, populações altamente heterogêneas foram reunidas dentro de um mesmo país, sob a mesma bandeira, como foi o caso do reino da Iugoslávia, criado em 1929, reunindo os territórios da Eslovênia, da Croácia, da Macedônia, da Bósnia-Herzegovia, da Sérvia e de Montenegro.

Em 1941, esse país foi invadido pelas potências do Eixo que promoveram a deportação da população judaica existente. Ao final da segunda grande mundial, torna-se um Estado socialista e adota, em 1946, a denominação de República Popular Federal da Iugoslávia; em abril de 1953, mediante uma nova constituição, passa a se chamar República Socialista Federal da Iugoslávia. Esta organização estatal subsiste até 1992, quando quatro das seis repúblicas que a compunham (Eslovênia, Croácia, Macedônia e Bósnia-Herzegovina) deixam a federação para formar Estados completamente independentes, deflagrando os combates.

É interessante ressaltar que a Iugoslávia, apesar de se declarar uma nação socialista, manteve durante toda a guerra fria uma posição neutra, de não-alinhamento, fato que tem ligação direta com as posições políticas assumidas por Josif Broz Tito⁸⁰, o general Tito, que, pouco a pouco, foi se afastando do socialismo stalinista, adotando um novo modelo, o socialismo autogestionado⁸¹. Por fim,

⁸⁰ Josif Broz Tito nasceu em Kumrovec, na Croácia, em 7 de maio de 1892 e faleceu Ljubljana, na Eslovênia, em 4 de maio de 1980. Foi primeiro-ministro iugoslavo entre 1945 e 1953 e presidente de 1953 a 1980.

⁸¹ O socialismo autogestionado surge como uma alternativa ao socialismo real implantado na URSS. O fundamento teórico desta doutrina é a coletivização e a participação das diferentes organizações sociais na gestão do Estado, em que os planos e atitudes governamentais são implantados após a discussão com essas esferas de representação popular.

rompeu com Stalin, o que fez o Partido Comunista Iugoslavo ser expulso da Kominform⁸², em 1948.

A Morte de Tito, em 1980, é uma das causas da deflagração do conflito nos Balcãs, na década de 90. O general governou o país por quase 30 anos, período em que adotou uma política repressiva e, ao mesmo tempo, conciliatória que lhe permitiu conter e administrar os desejos das etnias da Sérvia, Montenegro, Croácia, Eslovênia, Macedônia e Bósnia-Herzegovina.

Após esse fato, os anseios separatistas saíram da latência, ressurgindo, o que levou as lideranças nacionalistas iugoslavas a estabelecerem que o cargo de Presidente da República passaria a ser rotativo entre as seis repúblicas. Em 1989, com o desmoronamento do leste europeu e a profunda crise econômica que assolou a região, além do surgimento de partidos ultranacionalistas, a unidade do país começou a desmoronar. Estavam reunidas as condições para o maior conflito a que a Europa assistiria desde a segunda guerra mundial.

Desde a primavera de 1992, os governos ocidentais foram informados, através de relatórios secretos, da gravidade das violações dos direitos dos homens cometidas na Bósnia. Porém, pretendiam encontrar uma solução negociada e tentaram não propalar essas informações para não complicar a sua tarefa. Mas a verdade sobre as atrocidades sérvias rebentou na imprensa internacional, nomeadamente graças a um artigo de Roy Guttmann, publicado no diário nova-iorquino *Newsday*, em 02 de agosto de 1992, que denunciava o regresso de campos de concentração à Europa Ocidental. A informação foi difundida pela cadeia de televisão britânica ITV. Apesar da desmobilização estival, a comoção foi imensa. A idéia de um tribunal surgia em todos os quadrantes. Desta vez, já não provinha de governos interessados em camuflar judicialmente a sua política, mas sim de baixo, da sociedade civil e, mais precisamente, da ONG *Human Rights Watch*⁸³.

Práticas genocidas, estupros sistemáticos, fuzilamentos, limpeza étnica, extremas violações aos direitos humanos, ocorridos em um momento em que os meios de comunicação, impressos e televisivos, a mídia, praticamente noticiavam os fatos de forma simultânea aos acontecimentos, impeliram a ONU a aprovar a

⁸² A Kominform é criada em 1947 por ocasião da conferência dos partidos políticos comunistas europeus ocorrida em Szklarska Poręba (Polônia) entre os dias 22 e 27 de setembro. A organização foi uma ligação entre os partidos comunistas europeus, sob a influência russa. A criação da Kominform por Stalin aparece como uma resposta ao plano Marshall feito pelos americanos e recusado pelos países da Europa oriental, por pressão soviética. Com a morte de Stalin em 1953, a Kominform deixa de ter relevância e é dissolvida em 1956.

⁸³ GARAPON, 2002, p. 30.

resolução nº 827, em 25 de Maio de 1993, que criaria o Tribunal Penal Internacional ad hoc para a Ex-Iugoslávia.

Jean-Paul Bazelaire e Thierry Cretin⁸⁴ apresentam um pouco do cenário da época:

Entre 1991 e 1999, período dos últimos acontecimentos em Kosovo, o território da ex-República Federal da Iugoslávia, como no dia seguinte da morte de Tito, conhece um verdadeiro desmantelamento ao longo de uma série de conflitos regionais sucessivos que resulta em cerca de 800 mil mortes e três milhões de pessoas deslocadas. Ao sabor dos movimentos de população, a Iugoslávia torna-se um mosaico de Estados e uma constelação de povos mais ou menos concentrados.

Alguns nomes de localidades simbolizam essa política deliberada de limpeza étnica: Vukovar, Sarajevo e Srebrenica especialmente.

No dia 18 de novembro de 1991, a cidade croata de Vukovar (Eslavônia Oriental) cai nas mãos do exército federal sérvio (apoiado por milícias sérvias) após um cerco de três meses. A cidade é destruída e suas ruas são cobertas de cadáveres. Os mortos são estimados entre 3 mil e 5 mil, enquanto os desaparecimentos chegam a 4 mil. Mas o episódio mais significativo continua sendo a execução, nos arredores da cidade, a partir de 19 de novembro, de cerca de 200 pessoas retiradas do hospital municipal.

Em Sarajevo, as coisas duram mais tempo, já que os habitantes sofrem um cerco de três anos e meio iniciado em 2 de maio de 1992. Durante todo esse tempo, faltam produtos elementares e a comida só chega graças a uma ponte aérea humanitária. Além disso, eles estão expostos às granadas sérvias que caem sobre as filas de espera diante das lojas ou nos mercados, e aos tiros dos *snippers*, que os espionam quando se deslocam.

Quanto a Srebrenica, ela é um território muçulmano encravado na Bósnia Oriental. Ela cai nas mãos das tropas sérvias do general Ratko Mladic em 10 de julho de 1995. Imediatamente, uma parte da população foge atravessando a área sérvia para alcançar a cidade de Tuzla. Os homens são executados sistematicamente, as mulheres e as crianças são seviciadas. O número de vítimas poderia alcançar entre 8 mil e 10 mil pessoas.

Instalado em Haia, nos Países Baixos, e composto por 03 Câmaras, sendo duas Câmaras de Primeira Instância e uma de Recursos e contando com 11 juízes, independentes e originários de países diferentes, ao Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia foi conferida competência⁸⁵ para apreciar as graves violações às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, as violações das

⁸⁴ BAZELAIRE; CRETIN, 2004, p. 52 et. seq.

⁸⁵ Cuidando do caráter concorrente dos tribunais *ad hoc* criados pelo Conselho de Segurança da ONU sustenta Marrielle Maia (2001, p. 116): “Vale esclarecer que a jurisdição dos tribunais ad hoc são concorrentes, mas não exclusivas. As autoridades nacionais podem continuar as investigações, apreensões e julgamentos, desde que realizados de forma imparcial e em cooperação com o Tribunal, como se deu nos casos Novislav Djajic e Nickola Jorgic: ambos julgados na Alemanha pelos crimes de guerra cometidos na ex-Iugoslávia, cada um demonstra que todo Estado tem autoridade, em virtude do direito internacional geral, de processar os delitos de ‘jurisdição universal’”.

leis ou costumes de guerra, o genocídio e os crimes contra a humanidade cometidos no território da ex-Iugoslávia a partir de 1º de janeiro de 1991.

O TPII foi instituído em um momento em que ainda perduravam as hostilidades e, diferentemente do que ocorreu em Nuremberg em que foram julgadas pessoas e organizações, a sua competência está restrita aos indivíduos, ou seja, inexistente responsabilização penal de pessoa jurídica.

Para José Augusto Lindgren Alves⁸⁶:

Criado pelo Conselho de Segurança (Resolução 808, de 22 de fevereiro de 1993) quando nem o Ocidente, nem a Rússia, nem a China se dispunha a intervir para impedir os massacres, e o Terceiro Mundo tinha pavor do "direito ou dever de ingerência", o Tribunal para a ex-Iugoslávia surgiu como um gesto político. Inspirado no Tribunal de Nuremberg montado pelos Aliados em 1946 (do qual emergiu a noção de "crime contra a humanidade"), esse primeiro tribunal penal da ONU, com jurisdição específica, era o recurso disponível para aflições impotentes (alguns o interpretam sobretudo como um expediente indolor para aliviar consciências pesadas). Em 1993, ano da Conferência Mundial de Direitos Humanos, não sendo possível ir além, a iniciativa soava necessária e coerente. Por isso a Conferência lhe manifestou apoio em resolução separada da Declaração de Viena. Em 1999, ao indiciar Milosevic enquanto a Otan bombardeava a Iugoslávia, ele soou estranho. Em 2001-2003, quando a ingerência humanitária é freqüente, a "ingerência militar preemptiva" virou base de doutrina, e o "dever de ingerência" aparece incorporado por Estados do Terceiro Mundo, o mesmo Tribunal se afigura anacrônico e contraproducente.

Até o presente momento, o Tribunal já gastou recursos na ordem de 1 bilhão de dólares⁸⁷, foram indiciadas mais de 100 pessoas, sendo que hoje tramitam perante a corte mais de 70 processos. Um fato que marcou e, principalmente, prejudicou as atividades do Tribunal foi o falecimento do principal acusado, o ditador sérvio Slobodan Milosevic, encontrado morto em sua cela em 2006, meses antes do prazo final para o conhecimento de sua sentença.

Assim, em que pese o falecimento do líder sérvio, alguns dos mais importantes comandantes militares e autoridades civis implicadas nos crimes de competência do tribunal estão sendo processos pela Corte, a exemplo de Milan Milutinovic, presidente da República da Sérvia; Nikola Sainovic, primeiro-ministro adjunto da República Federal da Iugoslávia; Radovan Karadzic, presidente da

⁸⁶ ALVES, 2007b.

⁸⁷ No site da corte consta tabela em que é retratada a evolução dos gastos realizados pela ONU na manutenção do Tribunal. No primeiro ano de funcionamento (1993) foram despendidos \$ 276.000 (duzentos e setenta e seis mil dólares), sendo que para o biênio 2006/2007 a estimativa é de \$ 276.474,100 (duzentos e setenta e seis milhões, quatrocentos e setenta e quatro mil dólares).

República Srpska, dentre outros, o que torna ainda distante o caminho a ser percorrido pela Corte.

2.6.2 O Tribunal Penal Internacional para Ruanda

Todas as noites, por volta das 19h30, o canal estatal de televisão de Ruanda apresenta as "canções da reconciliação", em que um grupo animado canta e dança músicas alegres. Às vezes as imagens são de sol, lago, natureza.

O governo ruandês está usando os meios de comunicação para promover a harmonia entre hutus e tutsis - as duas etnias envolvidas no genocídio de 1994, quando hutus radicais apoiados pelo governo da época massacraram quase um milhão de tutsis, hutus moderados e tvás em cerca de 100 dias. A população era estimada em menos de 8 milhões de habitantes. Cerca de 9 por cento eram tutsis.

Apesar dos anos, persiste um clima de tensão e ódio étnico entre as duas comunidades. O governo de unidade nacional do presidente Paul Kagame considera vital para a reconciliação no país o julgamento dos supostos envolvidos no massacre, que chegam a mais de 100 mil.⁸⁸

Ruanda, no começo do século vinte, era um protetorado sob a administração germânica, que, com a derrota dos alemães na primeira guerra mundial e a celebração do tratado de Versalhes, foi entregue à Bélgica.

Os belgas, ao contrário dos alemães, implantaram uma política extremamente dura e estimularam os conflitos entre as duas etnias existentes, os hutus e os tutsis, aliando-se aos líderes desta última para governar o país.

Introduziram um sistema de identificação baseado na propriedade, na posse de rebanho bovino, que discriminava entre hutus e tutsis. Os que possuíam cabeças de gado era identificados como tutsis, os que não possuíam eram hutus, criando cédulas de identidade próprias para cada grupo. Em Ruanda, ainda existia uma terceira etnia, os tvá, como são chamados os pigmeus, que compreendiam apenas 1 por cento da população. Durante o genocídio, vários foram mortos sob o pretexto de terem acolhido e se associado aos tutsis

O genocídio ruandês não foi uma novidade para os habitantes do país. Ocorreram massacres similares em 1959, 1968, 1973 e 1990, mas em nenhum desses houve qualquer tipo de responsabilização pelos crimes cometidos. Em virtude dessa violência recorrente grande parte da população emigrou para outros

⁸⁸ DAMIANO, 2007.

países, sobretudo, na África e na Europa, acirrando, cada vez mais, as divergências internas e preparando o terreno para os acontecimentos de 1994.

Jean-Paul Bazelaire e Thierry Cretin relatam os fatos que serviram de pretexto para a deflagração do conflito:

Em 6 de abril de 1994, o avião que transporta os presidentes de Ruanda e do Burundi é abatido sobre Kigali. As circunstâncias exatas e os autores desse ato não são conhecidos. Tomando esse atentado como pretexto, a guarda presidencial e as milícias extremistas *hutu*, chamadas *interahamwe*, instalam imediatamente barricadas nas ruas da capital e começam a responsabilizar os *tutsis* e a minoria *hutu* moderada. Para alguns, a população *hutu*, privada de seus líderes, teria se sentido em perigo por causa da política de agressão empreendida desde 1990 pela Frente Patriótica Ruandense (FPR), sustentada pela vizinha Uganda. Outros consideram que, na realidade, os *hutus* preparavam havia um ano o genocídio dos *tutsis*. Nos dias seguintes, o massacre é ampliado e se estende por toda Ruanda, não poupando nenhum santuário. Nem os hospitais, nem as igrejas ou estabelecimentos religiosos são respeitados. No dia seguinte ao do assassinato do presidente ruandense, isto é, em 7 de abril de 1994, dez boinas azuis belgas são massacrados com o primeiro-ministro ruandense, cuja proteção lhes fora atribuída. Esses acontecimentos desencadeiam a retomada da guerra pela Frente Patriótica Ruandense, movimento *tutsi* de oposição armada.⁸⁹

Entre abril e Julho de 1994 o ódio explode no país. Estima-se que o número de mortos oscila entre 500.000 e 1.000.000. A ONU reluta em intervir no conflito, preferindo evacuar as forças de paz e os estrangeiros que se encontram no país; somente após a Frente Patriótica Ruandense (FPR) invadir Ruanda e tomar o controle da situação o genocídio cessa.

Philip Gourevitch⁹⁰ comenta essa situação:

Em 19 de Julho, o novo governo – uma coalizão entre a FRP e os membros sobreviventes dos partidos anti-Poder *hutu* – foi empossado em Kigali, e em Nova York o embaixador na ONU do governo derrubado foi obrigado a abandonar seu assento no Conselho de Segurança. A partir de então, o exército nacional de Ruanda seria chamado de Exército Patriótico Ruandês, as exiladas Forças Armadas Ruandesas seriam chamadas de ex-FAR, e FPR daria nome apenas à estrutura política do antigo movimento rebelde, que formava a espinha dorsal do novo regime. Em 20 de Julho, a ex-FAR e a *interahamwe* começaram a assaltar suprimentos de emergência de comida e bens que estavam sendo transportados por via aérea ao Zaire para os refugiados. No mesmo dia, em Goma, foram relatados os primeiros casos de cólera nos novos e superlotados acampamentos. E com isso o genocídio passou a ser notícia velha.

⁸⁹ BAZELAIRE; CRETIN, 2004, p. 57.

⁹⁰ GOUREVITCH, 2000, p. 191.

Criado pela resolução nº 955, de 08 de Novembro de 1994, do Conselho de Segurança da ONU e instalado em Arusha, na Tanzânia, o Tribunal Penal Internacional para Ruanda tinha competência para julgar os crimes ocorridos entre o dia 1º de janeiro e 31 de dezembro de 1994. O objetivo da Corte, consoante o seu estatuto, é contribuir para o processo de reconciliação nacional ruandês e manter a paz na região.

O Tribunal é composto por 16 juízes permanentes eleitos pela Assembleia-Geral da ONU para um mandato de 4 anos, permitida a reeleição, nos termos do art. 12 do Estatuto. São previstos também 09 juízes *ad litem*.

O Tribunal é organizado administrativamente em três Câmaras de Julgamento (de 1ª instância) e uma Câmara de Apelação, sendo esta dividida com o Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia. O Procurador, que exerce as funções do Ministério Público, junto ao Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia será, conforme o art. 15 do estatuto, também responsável pelas funções de Procurador perante o Tribunal Penal Internacional para Ruanda, tendo como auxiliar um Procurador adjunto.

A grande questão que preocupa os responsáveis pelo TPIR e os líderes ruandeses é o expressivo número de supostos envolvidos no massacre que, segundo estimativas, chegam a mais de 100.000,00 pessoas. As autoridades ruandesas calculam, caso todos sejam processados normalmente perante o TPIR, que iria levar, aproximadamente, 300 anos para que todas as sentenças fossem prolatadas.

Dessa forma, o governo tem, rotineiramente, ressaltado e incentivado o estabelecimento da Jurisdição Gacaca, uma antiga prática costumeira ruandesa, constituída por uma assembleia local, geralmente dirigida pelo membro mais idoso ou por pessoas que gozam de boa reputação na localidade, com competência para julgar e punir os responsáveis pelos delitos de menor intensidade, o que não exclui os delitos de homicídio. A pena máxima a ser aplicada é de 30 anos de prisão, não sendo possível a pena de morte que é prevista apenas no estatuto do TPIR.

Antoine Garapon⁹¹, cuidando da Jurisdição Gacaca, assevera:

Daí a iniciativa governamental de retomar um antigo procedimento consuetudinário, a gacaca – que designa literalmente a relva sobre a qual

⁹¹ GARAPON, 2002, p. 243.

decorriam essas jurisdições-, para julgar as infracções de menor gravidade ligadas ao genocídio. Atentemos nas primeiras frases do manual destinado aos futuros membros dessas jurisdições: “Trazer à tona a verdade daquilo que se passou durante o genocídio e os massacres com ele relacionados[...] Reconhecer quem foi vítima e quem danos sofreu[...] Determinar quem participou e julgar as pessoas acusadas: são estas as tarefas das jurisdições gacaca. O grande princípio das jurisdições gacaca é que tudo funciona com a população e através da população. Nenhuma decisão é tomada sem que, primeiro, haja uma reunião com a população. É a população que compõem as jurisdições gacaca. É a população que fornece as informações sobre aquilo que se passou e sobre as responsabilidades dos acusados. É a população que nomeia os Inyangamuyago [juizes tradicionais] que tomam as decisões”. Seria impossível pensar numa jurisdição mais nos antípodas do TPIR, que, contrariamente, repousa no distanciamento em relação à população, na sofisticação do direito e na cedência dos protagonistas. Estas assembleias de cariz consuetudinário poderão sentenciar penas, mas deverão, acima de tudo, concentra-se nos métodos tradicionais de apaziguamento dos conflitos, como a discussão demorada dos problemas.

Diversos são os fatores que estimulam e favorecem a implementação e o funcionamento da Jurisdição Gacaca; um dos primeiros, é buscar diminuir a tensão social presente no país, pois, contrariamente ao genocídio ocorrido na ex-Iugoslávia que foi planejado e executado pelas forças militares com reduzida participação civil, o genocídio ruandês contou com maciço apoio popular. As imagens dos assassinatos de crianças e adultos com foices, machados e pedras ainda estão bem presentes na memória dos ruandeses, mantendo, de forma latente, os ressentimentos e colocando em campos excludentes hutus e tutsis.

A necessidade de reconciliação é outro motivo que a impulsiona, já que como uma justiça comunitária composta por pessoas que, na maioria das vezes, presenciaram os crimes a serem julgados, os sentimentos de vingança e de justiça caminham de mãos dadas. Se por um lado dúvidas são geradas quanto à imparcialidade dos julgamentos e o comprometimento dos juizes, o que é difícil de negar, ao mesmo tempo se permite àquela comunidade resolver, com respaldo na lei, o destino de delitos que, certamente, ficariam sem resposta, impunes. Além disso, ao envolver a comunidade na Administração da Justiça, novos espaços de debate são abertos, permitindo uma discussão demorada sobre os fundamentos do conflito e suas conseqüências, o que auxilia não apenas na punição dos culpados, mas serve, sobretudo, para aparar as arestas e apaziguar os espíritos.

Assim, a Jurisdição Gacaca representa uma conquista do povo ruandês no caminho da reconstrução de sua identidade. É uma resposta interna, baseada nos costumes locais, e que mostra que a solução dada pelo ocidente de, simplesmente,

copiar os estatutos do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia e criar uma nova corte, sem levar em conta a especificidade do ocorrido nesse país, não é suficiente, não atinge nenhum objetivo concreto para o povo de Ruanda. Isso fica mais evidente pelo fato de o Tribunal se mostrar, no cotidiano, como uma entidade distante que não compartilha da vida desse país da África subsaariana.

Antoine Garapon⁹², confrontando os fatos que motivaram a criação do TPII e do TPIR, aponta:

Não foi levado a cabo nenhum estudo prévio nem sobre a diferença dos contextos, nem sobre a especificidade deste genocídio, nem sobre as suas causas profundas. O governo de Kigali começou por adoptar uma filosofia idêntica, encarcerando as pessoas suspeitas. Mas a opção penal cedo evidenciou os seus limites. Oito anos volvidos, o TPIR julgou apenas um punhado de pessoas. Contam-se 135.000 pessoas nas prisões ruandesas, quando o aparelho judicial não consegue julgar mais do que alguns milhares por ano. Por este andar, será preciso mais de um século para as julgar as todas. Isto sem contar que a manutenção de um número tão grande de prisioneiros em condições desastrosas não favorece a reconciliação, só os isentando de serem confrontados com o sofrimento que infligiram e de ouvirem as palavras das suas próprias vítimas, o que alimenta o sentimento de injustiça destas e, conseqüentemente, o desejo de vingança.

Desse modo, a Jurisdição Gacaca, apesar das críticas que vêm recebendo, sobretudo do exterior, de não ser adequada para o julgamento e punição de crimes de tal magnitude, tem se demonstrado um importante instrumento na Ruanda pós-genocídio, mitigando as insatisfações populares e oportunizando a reconciliação, contribuindo para evitar a repetição do genocídio e resguardar as futuras gerações.

2.7 A JURISDIÇÃO BELGA SOBRE CRIMES CONTRA A HUMANIDADE

Afinal, qual a responsabilidade dos Estados na persecução dos crimes que afetam gravemente a humanidade? Esta é, sem dúvida, a pergunta que está na base da legislação editada na Bélgica⁹³ relativa à repressão das graves violações do direito internacional humanitário e dos crimes contra a humanidade. Por essa lei, a Bélgica declara que seus tribunais possuem competência universal para conhecer qualquer delito que atente contra a humanidade ou o direito humanitário, podendo os

⁹² GARAPON, 2002, p. 241.

⁹³ LOI, 2007.

responsáveis serem julgados no país, independentemente do lugar onde o suposto crime ocorreu ou da nacionalidade dos envolvidos.

A história começa em 1993. Nesse ano, a Bélgica decide ratificar as Convenções de Genebra e edita a lei de 16 de junho de 1993, que trata das graves infrações às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 e aos protocolos I e II, de 08 de junho de 1977, atribuindo a si competência universal no que concerne aos crimes de guerra. Em 1999, é votada uma segunda lei que estende esta competência universal para o genocídio e os crimes contra a humanidade.

A lei belga causou barulho. Após sua promulgação, Bruxelas se tornou a depositária de um grande número de denúncias endereçadas a vários chefes de Estado e personalidades de reconhecimento mundial, a exemplo, de Ariel Sharon, Primeiro Ministro de Israel, o Presidente Laurent Gbagbo, da Costa do Marfim, Fidel Castro, Ditador cubano, Paul Kagame, Presidente de Ruanda, o ex-ditador chadiano Hissène Habré, antigos dirigentes Khmers vermelhos, Yasser Arafat, líder palestino, Saddam Hussein, ex-ditador iraquiano, o ex-presidente dos EUA, George Bush, e o secretário de Estado norte-americano, Colin Powell, entre outros. Em 2001, ocorreram as primeiras condenações baseadas na lei, tendo, naquela oportunidade, sido julgados 04 nacionais ruandenses⁹⁴ (duas freiras, um professor universitário e o ex-ministro de transportes do país) envolvidos no genocídio de 1994.

Esta postura da Bélgica se encaixa no que afirma Loubna Farchakh Fouret⁹⁵:

O direito internacional penal é ainda jovem. No entanto, cada vez mais adquire importância, sobretudo, graças a adoção do Estatuto de Roma em 1998 e a criação da Corte Penal Internacional e sua entrada em vigor em 2002. Esta marcha no sentido da internacionalização do direito penal não

⁹⁴ Maira Rocha Machado (2004, p. 94) ilustra esses fatos: “O primeiro caso de persecução penal tramitado perante os tribunais belgas, ainda sob a vigência da lei de 1993, versava sobre a participação de quatro cidadãos ruandenses no genocídio ocorrido naquele país, em 1994. O *Parquet* belga solicitou pena de prisão perpétua a duas monjas diretoras de um convento por, entre outras condutas, darem às milícias hutus gasolina para que incendiassem o edifício em que se refugiavam entre quinhentas e setecentas pessoas; a um professor universitário, acusado de elaborar listas de professores que desejavam fugir, redigir um texto incitando ao ódio racial e participar na morte de nove pessoas; por fim, a um encarregado de fábrica acusado de formar e financiar milícias. Um júri composto por doze cidadãos belgas condenou os acusados a penas de doze a vinte anos de prisão.”

⁹⁵ FOURET, 2007. “Le droit international pénal est encore jeune. Néanmoins, il acquiert de plus en plus d'importance, notamment grâce à l'adoption du Statut de Rome en 1998 et à la création de la Cour pénale internationale, entrée en vigueur en 2002. Cette marche vers une internationalisation du droit pénal ne doit pour autant pas laisser croire que les Etats, au plan national, se voient dépourvus de toute fonction. Au contraire, le droit international pénal doit être appréhendé comme complémentaire et subsidiaire au combat mené par les juridictions nationales contre l'impunité. Autrement dit, la priorité demeure aux actions nationales, le droit international n'intervenant qu'en cas de lacune de ces dernières.” (tradução nossa)

deve levar a crer que os Estados, no plano nacional, perderão sua função. Ao contrário, o direito internacional penal deve ser entendido como complementar e subsidiário ao combate efetuado pelas jurisdições nacionais contra a impunidade. Dito de outra forma, a prioridade reside nas ações locais, o direito internacional somente intervém no caso de lacuna dessas últimas.

Entretanto, em virtude da repercussão alcançada e da notoriedade dos envolvidos, em fevereiro de 2002, em questão que envolveu o ministro congolês *Abdoulaye Yerodia*, a Corte Internacional de Justiça foi acionada e fixou limites à lei belga. No caso, a CIJ considerou ilegal o mandado de prisão emitido pela Bélgica, no ano de 2000, contra aquela autoridade, e entendeu:

A Corte conclui que as funções de um Ministro da Relações Exteriores são tais que, durante o exercício do cargo, o titular goza de imunidade de jurisdição penal e de uma inviolabilidade total no estrangeiro. Esta imunidade e esta inviolabilidade protegem o interessado contra todos os atos de autoridade da parte de um outro Estado que criam obstáculos ao exercício de suas funções.⁹⁶

No julgamento, infelizmente, não foi discutida a competência universal belga para punir os crimes contra humanidade e emitir mandados de prisão, pois o Congo, em suas razões, não abordou a temática, concentrando-se, na discussão sobre as imunidades a que o ministro congolês, em virtude do cargo, gozava. Esse fato não escapou aos olhos atentos dos julgadores que não se manifestaram sobre a questão, sob pena de incidir em nulidade e proferir julgamento ultrapetita, no entanto deixaram registradas suas opiniões individuais, como o fez, M. Guillaume⁹⁷, Presidente da Corte.

⁹⁶ MANDADO, 2007. “La Cour en conclut que les fonctions d’un ministre des affaires étrangères sont telles que, pour toute la durée de sa charge, il bénéficie d’une immunité de juridiction pénale et d’une inviolabilité totales à l’étranger. Cette immunité et cette inviolabilité protègent l’intéressé contre tout acte d’autorité de la part d’un autre Etat qui ferait obstacle à l’exercice de ses fonctions.” (tradução nossa)

⁹⁷ Ibid. “Cette question était soulevée dans la requête introductive d’instance de la République démocratique du Congo. Celle-ci soutenait en effet que le mandat d’arrêt méconnaissait non seulement l’immunité de M. Yerodia Ndombasi en tant que ministre des affaires étrangères, mais encore «le principe selon lequel un Etat ne peut exercer son pouvoir sur le territoire d’un autre Etat»). Elle en déduisait que la compétence universelle que l’Etat belge s’était attribuée par l’article 7 de la loi du 16 juin 1993 modifiée le 10 février 1999 était contraire au droit international et qu’il en était par suite de même du mandat d’arrêt litigieux.

Au cours de la procédure orale, le Congo n’a pas développé cette argumentation et il ne l’a pas reprise dans ses conclusions finales. Dès lors, la Cour ne pouvait statuer sur ce point dans le dispositif de son arrêt. Elle aurait pu cependant aborder tel ou tel aspect de la question de la compétence universelle dans les motifs de sa décision (voir arrêt, par. 43). Une telle démarche eût été logique. En effet, la compétence des tribunaux est une question sur laquelle ceux-ci doivent se prononcer avant de s’interroger sur l’immunité des justiciables. On ne peut en d’autres termes bénéficier de l’immunité de juridiction que s’il y a juridiction. Par ailleurs il s’agit là d’une question importante et controversée que tous les Etats et en particulier la Belgique auraient eu intérêt à voir clarifiée.” (tradução nossa)

O caso Yerodia marca e estabelece os limites da lei belga sobre crimes contra a humanidade.

Comentando o caso Yerodia, Loubna Farchakh Fouret⁹⁸ assevera:

A Justiça Belga tirou lições do acórdão proferido pela Corte Internacional de Justiça. Assim, para as denúncias depositadas contra Ariel Sharon, atual primeiro-ministro de Israel e o general Amos Yaron por genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e violação das convenções de Genebra em virtude dos massacres que ocorreram em Beirute, em 1982, no campo de refugiados Sabra et Chatila, a justiça belga se adequou as exigências da CIJ. Dessa forma, o legislador apresentou uma lei interpretativa restabelecendo o jogo das imunidades para os autoridades estrangeiras em exercício. Por consequência, somente a denúncia apresentada contra o general Yaron foi recebida, a imunidade de primeiro – ministro serve de proteção para Sharon.

Apesar das limitações sofridas, a lei belga sobre crimes contra a humanidade chama a atenção para o fato de que são os Estados, ainda, os maiores responsáveis pela criação das condições necessárias ao desenvolvimento do direito internacional penal, ao menos tempo em que permite lançar um novo olhar sobre o papel das jurisdições nacionais, em sua atuação interna e externa, bem como sobre o princípio da soberania.

Segundo Antoine Garapon⁹⁹,

A competência universal sublima a distinção entre o interno e o internacional operando um desdobramento das jurisdições internas: estas, para além da sua missão habitual, são postas pelo respectivo Estado à disposição de um ordem supranacional. A partir daí, a sua legitimidade já não advém somente da soberania interna, mas também do direito internacional. Com isso, a competência universal parece marcar a concretização desta nova utopia democrática, que ultrapassa a reivindicação de uma jurisdição supranacional. A jurisdição, mesmo sob a forma de tribunal permanente, surge agora como um meio, mas não como o objectivo último. O verdadeiro desafio desta utopia do pós-guerra é menos internacional do que universal. A competência universal, para além de assinalar a supremacia de certos direitos fundamentais sobre a soberania, manifesta a desterritorialização extrema da ideia de justiça penal internacional. Esta já não se encarna numa instituição em particular, encontrando-se antes em estado latente numa qualquer instituição judicial de um qualquer país signatário da Convenção. A justiça sonha cumprir a profecia do direito cosmopolita

⁹⁸ FOURET, 2007. “La justice belge a tiré les leçons de l’arrêt rendu par la CIJ. Ainsi, pour les plaintes déposées contre Ariel Sharon, actuel Premier ministre d’Israël et le Général Amos Yaron pour génocide, crimes contre l’humanité, crimes de guerre et violation des conventions de Genève pour les massacres qui ont eu lieu à Beyrouth, en 1982, dans les camps de réfugiés Sabra et Chatila, la justice belge se conforme aux exigences de la CIJ. Ainsi, le Législateur passe une loi interprétative rétablissant le jeu des immunités pour les représentants de l’Etat en exercice. Par conséquent, seule la plainte contre Yaron est déclarée recevable, l’immunité de Premier ministre servant de protection à Sharon”. (tradução nossa).

⁹⁹ GARAPON, 2002, p. 35.

imaginado por Kant no seu Projecto da Paz Perpétua: “A comunidade (mais ou menos unida), por ter-se espalhado de forma geral entre os povos da Terra, chegou a um ponto tal que um atentado ao direito num único lugar da terra é sentido em todos”.

2.8 A CONFERÊNCIA DIPLOMÁTICA DE ROMA E A CRIAÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Eu gostaria de felicitar os 66 Estados que ratificaram o Estatuto de Roma. Eu gostaria de encorajar aqueles que ainda não seguiram o mesmo exemplo. A melhor defesa contra os criminosos será um corte onde todos os países façam parte. Nos devemos fazer da Corte Penal Internacional um instrumento eficaz que venha a dissuadir os criminosos em potencial e que proporcione esperança aos inocentes e aos fracos¹⁰⁰. (tradução nossa)

Com estas palavras, Kofi Ann, Secretário-geral das Nações Unidas, anunciou, em abril de 2002, ter sido alcançado o número mínimo de assinaturas a permitir a instalação do Tribunal Penal Internacional¹⁰¹. Foi um dia histórico. Finalmente, tornava-se realidade todo o esforço empreendido desde a década de 50, pela ONU

¹⁰⁰ “Je voudrais féliciter les 66 États qui ont ratifié le Statut de Rome. Je voudrais encourager ceux qui ne l'ont pas encore fait de suivre le même exemple. La meilleure défense contre les méchants sera une cour où tous les pays prendront part. Nous devons faire de la CPI un instrument efficace qui dissuadera les méchants potentiels et donnera espoir aux innocents et aux faibles.” Kofi Annan (2007), Secretário-geral das Nações Unidas, durante um coletiva de imprensa, em Roma na Itália, no dia 11 de abril de 2002, logo após ter sido alcançado o número mínimo de assinaturas que permitiram a instalação do Tribunal Penal Internacional.

¹⁰¹ Precedendo as palavras de Kofi Annan, em 11 de abril de 2002, Hans Corell (2007), Conselheiro da ONU, por ocasião do depósito dos instrumentos de ratificação necessários para a entrada em vigor do Estatuto de Roma. Ressaltou “On behalf of the Secretary-General, I wish you all a warm welcome to this historic event. The purpose of this ceremony is to allow you, and all those who follow it through the media, to witness the treaty actions that will bring the Rome Statute of the International Criminal Court into force. Present in this room are a large number of delegations and members of civil society who have participated in the work leading up to this solemn occasion. The Secretary-General of the United Nations is in Rome. He is following the event and will shortly make a statement. My role here is to receive, on his behalf, the instruments of ratification of the Rome Statute by ten States. This will bring the number of ratifications past the sixty required for the entry into force of the Statute. [...] I now invite the representatives of the ten States to present their instruments of ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court. • H. E. Ambassador Mirza Kasljugi, Permanent Representative of Bosnia and Herzegovina to the United Nations; • H. E. Ambassador Stefan Tafrov, Permanent Representative of Bulgaria to the United Nations; • H. E. Mr. Sithong Neav, the Minister of Justice of Cambodia; • H. E. Ambassador Atoki Ileka, Permanent Representative of the Democratic Republic of the Congo to the United Nations; • H. E. Ambassador Richard Ryan, Permanent Representative of Ireland to the United Nations; • H.R.H. Ambassador Prince Zeid Ra'ad Zeid Al-Hussein, Permanent Representative of Jordan to the United Nations; 1 Announcement by Mr. Brad Smith. • H. E. Ambassador Enkhsaikhan, Permanent Representative of Mongolia to the United Nations; • H. E. Ambassador Ousmane Moutari, Permanent Representative of Niger to the United Nations • H. E. Ambassador Ion Diaconu, Secreatray-General of the Ministry of Foreign Affairs of Romania; • H. E. Ambassador Peter Tomka, Permanent Representative of Slovakia to the United Nations. Excellencies, Ladies and gentlemen, With the simultaneous deposit of these ten instruments the number of ratifications stands at sixty-six. The required number of sixty ratifications for the entry into force of the Rome Statute has been reached. As a consequence and in accordance with its Article 126, the Rome Statue of the International Criminal Court will enter into force”.

e pelos movimentos de direitos humanos, no sentido de se criar um Tribunal Penal permanente apto a julgar os crimes que de forma mais horrenda afetam a humanidade.

Entretanto, até este pronunciamento, foi necessário percorrer um longo caminho que tem início logo após o fim da segunda guerra mundial e a realização dos julgamentos de Nuremberg e de Tóquio¹⁰². Nessa ocasião, é criada, no âmbito da ONU, a Comissão de Direito Internacional formada por um corpo de especialistas que tinham por missão promover a codificação e o progressivo desenvolvimento do direito internacional.

Uma das primeiras tarefas da CDI foi elaborar um projeto de Estatuto para o estabelecimento da Corte Criminal Internacional prevista na Convenção sobre o Genocídio, de 09 de Dezembro de 1948.

Artigo VI: As pessoas acusadas de genocídio ou de qualquer dos outros atos enumerados no Artigo III serão julgadas tentadas pelos tribunais competentes do Estado em cujo território foi o ato cometido, ou pela Corte penal internacional competente com relação às Parte Contratantes que lhe tiverem reconhecido a jurisdição. (grifo nosso)

Ao mesmo tempo, fora a Comissão também encarregada de realizar estudos sobre o que ficou conhecido como os “Princípios de Nuremberg”, que correspondiam a um conjunto de enunciados previstos pelo Estatuto do Tribunal Militar de Nuremberg e reconhecidos na sentença final que condenou os líderes nazistas, e que foram, posteriormente, adotados pela Assembléia-Geral da ONU, na década de 50. Outra tarefa foi preparar um Código de crimes contra a paz e a segurança da

¹⁰² David Donat-Cattin (2005, p. 39) afirma que “Il concetto di giurisdizione internazionale per alcuni crimini del diritto internazionale venne discusso senza esiti nel primo dopoguerra e si concretizzò finalmente nel secondo dopoguerra con la creazione di due giurisdizioni speciali: il Tribunale Militare Internazionale de Norimberga e il Tribunale Militare per l'Estremo Oriente di Tokio. Sullo slancio della significativa esperienza di Norimberga, l'Assemblea Generale dell'ONU prima dichiarò in diverse risoluzioni la legittimità di quell'esercizio giurisdizionale da parte delle potenze vincitrici della II Guerra Mondiale e la natura di diritto consuetudinario dei principi di diritto applicati dal Tribunale di Norimberga, poi delegò l'appena istituita Commissione del Diritto Internazionale a preparare lo Statuto per una Corte permanente. Le vicende della guerra fredda travolsero e bloccarono quel processo di formazione normativa, che venne riavviato solamente dopo la caduta del muro di Berlino nella sessione dell'Assemblea generale dell'autunno 1989. I tribunali ad hoc per l'Ex Iugoslavia e per il Ruanda, rispettivamente istituiti dal Consiglio di Sicurezza ONU nel 1993 e 1994, diedero una spinta ulteriore al movimento verso la Corte che, in maniera del tutto inaspettata per i più 'esperti' diplomatici delle grandi potenze in servizio a metà degli anni novanta, diviene 'realta' giuridica non in una data imprecisata tra il 2015 e il 2020 (come quei diplomatici incautamente prevedevano), ma nell'estate romana del 1998, dopo un anno di discussioni nel Comitato *Ad hoc* dell'ONU sulla Corte, due anni e mezzo di negoziati a New York in seno al Comitato Preparatório per la creazione della Corte e, dulcis in fundo, cinque settimane di febbrili negoziate e decisione nel palazzo romano della FAO, alla Conferenza Diplomatica dei Plenipotenziari, tra il 15 giugno e il 17 luglio de 1998”.

humanidade, o que exigiu um notável empenho de seus componentes que tornaram públicas suas conclusões em 1954.

Nesse período, a Assembléia-Geral das Nações Unidas resolveu constituir outra comissão, paralela aos trabalhos realizados pela CDI, para elaborar um esboço de uma Corte Penal Internacional Permanente. As conclusões deste trabalho somente foram apresentadas em 1952 ano em que foi constituída uma comissão revisora pela Assembléia-Geral.

No entanto, o clima de guerra fria que dominava o cenário internacional e a conseqüente corrida armamentista, acompanhada da disputa por zonas de influência entre as superpotências, impediram qualquer entendimento ou discussão sobre o tema. Somente em 1989, com a queda do muro de Berlin e o fim da bipolaridade que dominava o planeta, é que o assunto é retomado e reinserido na agenda da ONU.

William Schabas¹⁰³, referindo-se aos trabalhos desenvolvidos no âmbito da Comissão de Direito Internacional da ONU e à preocupação de criar uma CPI, afirma:

Este aspecto do trabalho somente foi iniciado em 1989, ano da queda do muro de Berlin. Trinidad e Tobago, um dos vários Estados caribenhos afetados pelo tráfico internacional de drogas, apresenta um projeto de resolução à Assembléia-geral propondo que a Comissão de Direito Internacional considere a proposta de criação uma corte penal internacional como fazendo parte de seu trabalho sobre o estabelecimento de um código de crimes. O relator especial Doudou Thiam realizou uma apresentação inicial da matéria em 1992. Em 1993, a comissão tinha preparado um projeto do código, neste momento sob a direção do relator especial James Crawford. O projeto de código foi apreciado naquele ano pela Assembleia Geral que encorajou a comissão a completar seu trabalho. No ano seguinte, em 1994, a comissão submeteu a versão final do projeto de estatuto de uma corte internacional criminal à Assembleia-Geral.

¹⁰³ “That aspect of the work was only initiated in 1989, the year of the fall of the Berlin Wall. Trinidad and Tobago, one of several Caribbean States plagued by narcotics problems and related transnational crimes issues, initiated a resolution in the General Assembly directing the international criminal court to consider the subject of an international criminal court within the context of its work on the draft code crimes. Special Rapporteur Doudou Thiam made an initial presentation on the sujet in 1992. By 1993, the Comission had prepared a draft statute, this time under the direction of special Rapporteur JamesCrawford. The draft statute was examined that year by the General Assembly, which encouraged the Comission to complete its work. The following year, in 1994, the Comission submitted the final version of its draft statute for an international criminal court to the General Assembly”. SCHABAS, 2004, p. 9.

É a partir de 1994 que a ONU decide trabalhar, de forma efetiva, no sentido do estabelecimento de uma Corte Penal Internacional, tomando como referência o projeto oriundo da Comissão de Direito Internacional.

Dessa forma, é criado pela Resolução 49/53 um comitê *Ad hoc*, aberto a todos os Estados Membros, com o objetivo de examinar as principais questões substantivas e administrativas contidas no projeto da CDI. Findo o prazo estabelecido para o funcionamento do comitê, e havendo ainda a necessidade de discussões adicionais, a Assembleia Geral resolve instituir e convocar um comitê preparatório (PrepCom) que realiza 06 sessões entre os anos de 1996 e 1998, quando então, fica decidida a convocação de uma Conferência de Plenipotenciários a se realizar na cidade de Roma, Itália em Julho de 1998.

Conforme o embaixador Gilberto Vergne Sabóia¹⁰⁴,

O Comitê Preparatório levou em conta o importante trabalho efetuado pela Comissão de Direito Internacional e o projeto por ela submetido à Assembléia Geral. No entanto, durante o curso dos debates no Comitê e na Sexta Comissão, sob a influência já da experiência com os tribunais ad hoc e diante da evolução da situação internacional, verificou-se tendência a valer-se também de trabalhos e contribuições oriundas de outras fontes. Cite-se, entre elas, o chamado projeto Siracusa, elaborado pelo Comitê de Peritos do Instituto Internacional de Altos Estudos em Ciências Criminais, que se reuniu na cidade do mesmo nome, em 1996, e apresentou sugestões para incorporação ao projeto da CDI. Este texto, circulado como documento do Prepcom, ampliava em vários aspectos o escopo do TPI, ao eliminar a cláusula de jurisdição facultativa, prever a possibilidade de iniciativa autônoma do promotor para iniciar investigações e ao atribuir maior independência em relação ao Conselho de Segurança. O Prepcom, apesar das sérias controvérsias que marcaram suas sessões, logrou elaborar um documento de trabalho, submetido à Conferência de plenipotenciários de Roma, que unificava, num único texto, as principais opções em debate sobre o projetado Tribunal.

Entre os dias 15 de Junho e 17 de Julho de 1998, nas instalações da Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO), foram realizados os trabalhos da Conferência Diplomática que iria tratar do estabelecimento da Corte Penal Internacional. Convergiram para Roma delegações

¹⁰⁴ SABÓIA, 2007.

de mais de 160 países¹⁰⁵, além de representantes de várias organizações governamentais e de centenas de Organizações não-governamentais. As negociações foram duras e exaustivas, transcorrendo por todo o dia e se estendendo até a madrugada.

William Schabas¹⁰⁶ ressalta que:

A conferência de Roma teve seus primeiros dias dedicados a discursos formais de figuras políticas, autoridades da Nações Unidas e altas personalidades envolvidas na persecução de crimes internacionais, incluindo os presidentes dos dois Tribunais ad hoc e seus procuradores. A partir desse momento, a conferência se dividiu em uma série de grupos de trabalho com a responsabilidade de tratar questões como princípios gerais, procedimentos e penalidades. Várias dessas questões envolviam detalhes que criaram, de forma desarrazada, dificuldades insuperáveis aos poderes que os delegados dispunham para o sucesso de seus esforços. Mas um punhado de questões centrais – a jurisdição, a forma de desenvolver a persecução, o papel do Conselho de Segurança – remanesceu sobre as asas da agência. Estas questões problemáticas não eram em geral debatidas pela maioria presente na conferência, embora muita negociação tenha sido realizada informalmente. (tradução nossa)

Finalmente, foi a proposta de criação da Corte Penal Internacional colocada para votação. O resultado foi de 120 estados a favor e apenas sete contra (Estados Unidos¹⁰⁷, China, Israel, Índia, Turquia, Filipinas e Sri Lanka), ocorreram 21 abstenções, dentre estas, a de vários países árabes e estados islâmicos.

¹⁰⁵ Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros (2006) cuidando da participação brasileira na Conferência ressalta “Segundo Roy S. Lee, pesquisador imparcial, que recentemente publicou a extensa obra *‘The international Criminal Court — the Making of the Rome Statute’* (The Hague: Kluwer, 1999), o Brasil em Roma ‘permanentemente expressou seu firme apoio ao estabelecimento da nova jurisdição. Durante a Conferência, coordenou dois grupos informais de negociações sobre tópicos relevantes para o futuro funcionamento do tribunal. Um desses grupos dedicou-se aos poderes do promotor, particularmente aos poderes ‘ex-officio’. O outro grupo examinou a questão capital das armas arroladas na definição de crimes de guerra’”.

¹⁰⁶ “The Rome Conference began with a few days of formal speeches from political figures, United Nations officials and personalities from the growing ranks of those actually involved in international criminal prosecution, including the presidents of the two ad hoc tribunals and their Prosecutor. Then the conference divided into a series of working groups with responsibility for matters such as general principles, procedure and penalties. Much of this involved details, unlikely to create insurmountable difficulties to the extent that the delegates were committed to the success of the endeavour. But a handful of core issues – jurisdiction, the ‘trigger mechanism’ for prosecutions, the role of the Security Council – remained under the wing of the Bureau. These difficult questions were not publicly debated for most of the Conference, although much negotiating took place informally”. SCHABAS, 2004, p. 17.

¹⁰⁷ Dentre todas as dificuldades encontradas em Roma: Divergências entre os membros dos grupos de trabalho, pacientes negociações, a elaboração de demorados acordos; a oposição americana à aprovação do Estatuto de Roma foi a maior. Durante todo o encontro a delegação americana se opôs, ferrenhamente, ao Estatuto, inclusive, nos momentos finais, tentou, sem sucesso, convocar uma reunião contra a sua aprovação.

Após a aprovação do Estatuto¹⁰⁸, a Conferência de Roma adotou uma ata final em que ficou decidida a criação, pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, de uma Comissão Preparatória da Corte Penal Internacional. A Comissão foi encarregada de várias tarefas, destacando-se, o projeto de um código de procedimentos e provas. A comissão funcionou até a instalação da Corte Penal Internacional, realizando 10 sessões, sendo dissolvida apenas em setembro de 2002.

¹⁰⁸ Para Hans-Peter Kaul (2000, p. 120): “A aprovação do Estatuto de Roma e os resultados alcançados receberam uma positiva reação internacional. De fato, um novo capítulo no direito internacional e no direito penal internacional foi aberto em Roma com as bases para a construção de uma nova instituição de âmbito internacional, a qual, usando o direito penal internacional, ajudará na proteção contra os mais sérios abusos e violações dos direitos humanos e evitará a impunidade quanto a estes crimes.

É um fato que o Estatuto de Roma poderia ser melhor no que tange à jurisdição compulsória. Já na conferência de Roma e freqüentemente depois dela, tem sido lamentado que a proposta sul-coreana para uma jurisdição efetiva, apoiada por inúmeros países, tenha sido descartada no último minuto. Ela teria incrementado consideravelmente a efetividade e os escopos do Tribunal Penal Internacional, em particular no que atine aos crimes e conflitos internos armados e acontecidos nos Estados não signatários. A guerra civil, a forma mais comum de conflito nos dias de hoje, não está abarcada pela solução de compromisso alcançada, a menos que o Estado em questão faça parte do Estatuto, ao passo que de acordo com a proposta sul-coreana, também aplicável aos Estados mantenedores de custódia, esta crítica lacuna seria evitada, na medida em que a norma possibilitava que crimes de guerra, crimes contra humanidade ou mesmo genocídios cometidos durante a guerra civil pudessem ser alvo de perseguição caso os suspeitos fossem presos nos Estados signatários.”

3 DA ORGANIZAÇÃO, DO PROCESSO E DO JULGAMENTO PELA CORTE

3.1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

O Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, foi fruto de cuidadosa elaboração que envolveu importantes setores da comunidade internacional, organizações não-governamentais, além dos diversos países que se fizeram presentes na Conferência dos Plenipotenciários em Roma. O processo de negociação foi trabalhoso e seguiu a forma já adotada nas reuniões do Comitê Preparatório, em que os temas eram divididos por assuntos, formando-se grupos de trabalho com ampla discussão.

Conforme Marriele Maia¹⁰⁹,

Paralelamente às discussões dos grupos de trabalho, outras consultas informais e discussões se deram entre grupos políticos globais e regionais, como o Movimento dos Não-Alinhados, Grupo Árabe, Grupo da América Latina e Caribe, União Européia, Leste Europeu, Países do Conselho de Segurança (P.5) e os *like-minded group*. Segundo Kirsh e Holmes, a conferência foi marcada por um mosaico de posições. De todos os grupos, sem dúvida o mais influente em toda a Conferência Diplomática foi o *like-minded*, criado em 1995, durante as reuniões da Comissão *ad hoc*, com o objetivo de acelerar a Conferência Diplomática. Durante os trabalhos preparatórios, o objetivo do grupo evoluiu na busca de posições comuns sobre os princípios e regras fundamentais do Estatuto. O grupo formado pelos membros do Conselho de Segurança (liderados pelos Estados Unidos), durante os trabalhos preparatórios, marcou também posição importante (contrária àquelas defendidas pelos *like-minded*) na defesa de um Conselho de Segurança atuante nos assuntos dos tribunais, de uma jurisdição do tribunal somente para conflitos internacionais e da não-inclusão das armas nucleares entre as armas proibidas.

Entretanto, grandes divergências¹¹⁰ surgiram no decorrer dos trabalhos da Conferência, levando os presentes a cogitar, inclusive, quanto à possibilidade de adiamento da deliberação final sobre a criação da Corte. Por fim, um consenso foi obtido, aprovando-se o Estatuto de Roma.

¹⁰⁹ MAIA, 2001, p. 62.

¹¹⁰ Marriele Maia apresenta em seu livro acima citado esquema bastante didático em que trata dos principais pontos levantados nas negociações do Projeto e do documento final do Estatuto negociado em Roma.

O Estatuto é composto de um preâmbulo e de 128 artigos, os quais encontram-se divididos em 13 partes, seguindo-se a estrutura do anteprojeto apresentado pelo Comitê Preparatório. Pode-se apontar, dentre outras, as seguintes características principais da Corte:

- a) O objetivo primordial de combater o fenômeno da impunidade¹¹¹, previsto no preâmbulo, pelo qual os crimes mais graves *não devem ficar impunes e que a sua repressão deve ser efetivamente assegurada por meio da adoção de medidas em nível nacional e do reforço da cooperação internacional*;
- b) O Exercício da competência jurisdicional em relação aos delitos previstos nos artigos 5º, 6º, 7º e 8º do Estatuto, no caso, o delito de genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e o delito de agressão;
- c) A jurisdição da Corte é complementar¹¹² à atuação estatal, ou seja, somente ocorrerá no caso de a jurisdição nacional não poder ou estiver criando embaraços à investigação e ao processo;
- d) O Ministério Público exerce suas atribuições de forma independente de qualquer influência nacional ou internacional, sendo encarregado de receber as denúncias e representações de delitos de competência do Tribunal, cabendo-lhe a condução das investigações e a proposição da ação penal;
- e) A Garantia de um processo justo que observa os direitos do acusados e resguarda a presunção de inocência;
- f) Os juízes da Corte, independentes e imparciais, atuam no controle da atividade ministerial e decidem, em regra, de forma colegiada.

¹¹¹ Sobre a questão da impunidade e sua relação com o TPI é agradável a leitura do artigo de Kai Ambos intitulado *Impunidade por violação dos direitos humanos e o direito penal internacional* (2004).

¹¹² O embaixador Gilberto Vergne Sabóia (2007), cuidando do tema, afirma "O princípio da complementaridade, que constava já do projeto da CDI, é um dos elementos mais importantes do estatuto. Seu objetivo é assegurar que o TPI exerça o papel que lhe é atribuído sem interferir indevidamente com os sistemas judiciais nacionais, a quem continua a incumbir a responsabilidade primária de investigar e processar os crimes. Ao contrário dos tribunais ad hoc, que são concorrentes e têm primazia sobre as cortes nacionais, o TPI tem caráter excepcional e complementar, e sua jurisdição, além de aplicar-se apenas aos crimes de extrema gravidade nele definidos, somente será admissível (art.17) em casos em que se verifique claramente a incapacidade ou a falta de disposição dos Estados em processar os responsáveis. Salvo nesta hipótese, o TPI não examinará casos ou alegações que estejam ou hajam sido objeto de investigação por parte das instituições competentes de um Estado."

O sistema do Estatuto estabelece um direito penal material, composto de uma parte geral e de regras de execução das penas, bem como um direito processual penal, além de englobar normas de organização judiciária, que tratam dos agentes encarregados da persecução penal (os magistrados e os membros do Ministério Público), e que será analisado neste capítulo. O Estatuto é complementado pelas Regras de Procedimento e Prova, que prescrevem aspectos processuais, e dos Elementos dos Crimes que ampliam as considerações de direito material do Estatuto. O Regimento da Corte é previsto no art. 52.

Para Daniel Pastor¹¹³

O Estatuto da Corte Penal Internacional, complementado pelos corpos normativos denominados elementos dos crimes e regras de procedimento e prova, instaura um verdadeiro poder punitivo que, na inevitavelmente incompleta e deficitária configuração da ordem mundial, é um puro poder judicial, sem parlamento, nem executivo.

Todas essas características imprimem ao Estatuto de Roma um caráter peculiar no trato dos crimes de sua competência e na forma de organização dos trabalhos da Corte e oportunizam novas perspectivas para os estudiosos de direito penal e de direitos humanos. Estas características serão abordadas nos tópicos seguintes.

3.2 PRINCÍPIOS GERAIS QUE NORTEIAM A ATUAÇÃO DO TPI

Os princípios que regem a atuação do direito penal internacional, e por consequência do TPI, não estão, de forma definitiva, consolidados na literatura específica sobre o assunto, mas decorrem das concepções gerais que vão nortear e estruturar os sistemas penais internos.

Esses princípios refletem padrões mínimos de proteção dos direitos humanos, os quais já se encontram consagrados em vários tratados e convenções

¹¹³ “El ECPI, complementado por los cuerpos normativos denominados Elementos de los crímenes y reglas de procedimiento y prueba, instaura un verdadero poder punitivo que, en la inevitablemente incompleta e deficitaria configuración del orden mundial, es un puro poder judicial, sin Parlamento ni Ejecutivo”. PASTOR, 2006, p. 55.

internacionais, a exemplo da Convenção Européia de Direitos Humanos de 1950, do Pacto de Direitos Civis e Políticos de 1966, da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, dentre outros.

Outro aspecto a ressaltar é que não existe ainda um código internacional de regras e procedimentos a ser observado e seguido na implementação do direito penal internacional. O que ocorre é a utilização da principiologia e da legislação criada e aplicada no âmbito de cada tribunal penal internacional já existente.

Kai Ambos¹¹⁴ afirma que:

Afinal, os processos dos criminosos de guerra de Nuremberga revelaram-se, até hoje, como ponto de partida histórico-jurídico do esforço da comunidade mundial para fundamentar a responsabilidade penal individual por crimes internacionais.

Esses esforços levaram à instalação de tribunais ad hoc para a Ex-Jugoslávia e o Ruanda, cuja extensa jurisprudência contribuiu de forma decisiva para o direito penal internacional moderno. O desenvolvimento mais importante foi a aprovação do Estatuto do Tribunal Penal Internacional (Estatuto do TPI) em Roma, no ano de 1998. O Estatuto entrou em vigor no dia 1º.07.2002 e em fevereiro de 2003 abrangia oitenta e nove Estados. No mesmo mês foram eleitos dezoito juízes.

Para Antonio Cassese¹¹⁵,

Cada corte internacional (o TPII, o TPIR, e o TPI) possui suas próprias regras de procedimento e prova. Provavelmente, com o gradual desenvolvimento da atividade judicial do TPII e TPIR e a consolidação contemporânea do TPI, as regras de procedimento da Corte devem se tornar aceitas de forma geral pelos Estados e então se transformar em regras gerais internacionais. Este é, entretanto, um processo que provavelmente leva um certo número de anos.

Nesse contexto, seguindo Cassese¹¹⁶, é possível identificar alguns princípios que estão na base da jurisdição penal internacional, tais como: o princípio da presunção de inocência; o princípio de um julgamento por uma corte imparcial e independente; o princípio da necessidade de um julgamento rápido e justo; e o princípio da impossibilidade de julgamento à revelia. São esses princípios que se passará a analisar.

¹¹⁴ AMBOS, 2004, p. 74.

¹¹⁵ "Each international court (the ICTY, the ICTR, and the ICC) has its own Rules of Procedure and Evidence (RPE). Probably, with the gradual winding down of the judicial activity of the ICTY and ICTR and the contemporaneous consolidation of the ICC, the rules of procedure of this Court may become generally accepted by States and then turn into general international rules. This is, however, a process that is likely to take a number of years". CASSESE, 2003, p. 389.

¹¹⁶ Ibid., p. 390.

3.2.1 Presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência está na base da maioria dos sistemas legais contemporâneos e expressa a concepção de que o acusado é presumido inocente até prova em contrário, ou seja, antes de comprovada e aferida a responsabilidade pelo fato tido por delituoso, deve-se destinar ao arguido¹¹⁷ o tratamento de inocente.

Cassese¹¹⁸ aponta 02 grandes questões que decorrem desse princípio: A primeira refere-se ao momento no qual passa o investigado a gozar de tal presunção. A segunda vai cuidar da forma como a mídia trata os acusados de crimes da competência das jurisdições penais internacionais (crimes contra a humanidade, genocídio e crimes de guerra).

Pelo primeiro questionamento busca-se identificar o instante, a partir do qual, passa o acusado a ser acobertado pela presunção de inocência. Indaga-se: seria o momento em que ocorre a acusação formal ou, ao contrário, a partir de quando a pessoa se torna suspeita e, então, é investigada e interrogada antes de ser denunciada? Apesar de alguns entenderem que o princípio deva incidir somente a partir da acusação formal, não se pode negar a aplicação do princípio desde a fase investigatória, conforme Cassese¹¹⁹,

No entanto, como é sensivelmente notado, a presunção deve se aplicar também durante o procedimento investigatório e deve se considerar, de forma ainda mais forte, com respeito à pessoa contra a qual sequer existe uma causa suficientemente instruída e apta a ser conhecida e decidida pelo júri.

A cobertura feita pela imprensa é outro ponto importante que tem relação direta com o princípio da presunção de inocência, pois em virtude da gravidade dos

¹¹⁷ A terminação “arguido” para designar o acusado no processo penal é própria do direito português, mas parece ser bem adequada ao situar a posição do réu na lógica da argumentação, do debate o que é o objeto da relação processual.

¹¹⁸ CASSESE, 2003. p. 390.

¹¹⁹ “However, as has been sensibly noted, the presumption must also apply during pre-trial investigations and should be considered even stronger with regard to a person against whom ‘not even a prima facie case has been confirmed’. Ibid.

crimes tratados, a mídia, muitas vezes, reproduz os fatos de forma atabalhoada, sem levar em conta a realidade dos fatos, estereotipando e vulnerando o acusado e seus direitos¹²⁰.

A garantia da presunção da inocência está elencada no art. 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹²¹:

1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.
2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

No Estatuto de Roma, o princípio vem previsto no art. 66¹²²:

1. Toda a pessoa se presume inocente até prova da sua culpa perante o Tribunal, de acordo com o direito aplicável
2. Incumbe ao Procurador o ônus da prova da culpa do acusado
3. Para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável. (grifo nosso)

Em relação a este último dispositivo, é de se ressaltar a abrangência da expressão “*além de qualquer dúvida razoável*” como fundamento do juízo condenatório a ser proferido no âmbito do Tribunal Penal Internacional. A dúvida reside na necessidade ou não de unanimidade entre os julgadores quando da prolação da sentença.

À primeira vista, uma interpretação literal do artigo 66 leva a crer nesta exigência, todavia uma leitura mais acurada e a sua combinação com o artigo 74,

¹²⁰ Para Cassese (2003, p. 391), “outro assunto que constitui um ponto delicado em procedimentos criminais internacionais é a cobertura realizada pela mídia da detenção e julgamento do acusado. Deparando-se com a gravidade de tais delitos, como os crimes de guerra, os crimes contra a humanidade e o genocídio, a mídia tende a prejudicar as pessoas que são acusadas por tais crimes considerando-as culpadas, inclusive retratando-as como ‘monstros’ ou ‘açougueiros’. No âmbito nacional, autoridades estatais, especialmente em países pertencentes ao sistema da Common Law (em que a mídia é geralmente proibida de publicar qualquer evidência ou informação específica contra o acusado, que esteja sendo discutida perante o tribunal, e em que a mídia e os fotografos têm, freqüentemente, sido impedidos de ter acesso à sala de julgamentos durante os procedimentos judiciais) têm recorrido às Cortes para se salvaguardar contra este tipo de invasão. Em todo o caso, ao acusado é assegurado o direito de processar a mídia por difamação. No entanto, tal recurso não está disponível em procedimentos internacionais. Finalmente, a questão está sob a discricionariedade do procurador e dos meios de comunicação. Entretanto, algum tipo de recurso jurídico deve ser previsto contra a excessiva ‘presença’ da mídia e de seu menosprezo pela presunção de inocência”.

¹²¹ ONU, 2007a.

¹²² BRASIL, 2007.

par. 3º, que especifica “*Os Juízes procurarão adotar a sentença por unanimidade, mas, se isto não for possível, esta será adotada por maioria*”, dissipa qualquer interrogação.

Willian Schabas¹²³, cuidando dessa questão, leciona:

Pode-se argumentar que a presunção de inocência requer que as decisões da Corte, particularmente dadas em virtude da seriedade das acusações e da disponibilidade das sentenças, sejam unânimes. Certamente, em situações em que questões de fato estão em discussão, não é lógico concluir que um membro da corte podendo ter uma dúvida razoável, esta possa ser suficiente para criar uma dúvida razoável no tribunal como um todo? Proposta como sugestão foi discutida por alguns delegados na conferência de Roma - o Estatuto determina claramente que em caso de divisão, a maioria da corte será suficiente para chegar a um veredicto de culpa.

3.2.2 Independência e imparcialidade judicial

O princípio da necessidade de julgamento por uma corte independente e imparcial constitui um dos princípios gerais do direito, sendo reconhecido pelo art. 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”.

Vários tratados internacionais reconhecem o princípio, a exemplo, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos que estabelece no seu artigo 14.º, n.º 1, que “todos são iguais perante os tribunais de justiça”, ainda que

todas as pessoas têm direito a que a sua causa seja ouvida equitativa e publicamente por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido pela lei, que decidirá [...] do bem fundado de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra elas. (destaque nosso).

¹²³ “Arguably, the presumption of innocence may require that decisions by the Court, particularly given the seriousness of the charges and of the available sentences, be unanimous. Certainly, where questions of fact are at issue, is it not logical to conclude that, where one member of the Court has a reasonable doubt, this should be enough to create a reasonable doubt in the minds of the tribunal as whole? Compelling as the suggestion may be and it was argued by some delegates at the Rome Conference – the Statute provides clearly that in case of division, a majority of the Court will suffice for a finding of guilt”. SCHABAS, 2004, p. 97.

O artigo 7.º, n.º 1, da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos estabelece que *“toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja apreciada”*, direito que compreende, nomeadamente, *“(b) o direito de presunção de inocência, até que a sua culpabilidade seja estabelecida **por um tribunal competente**”*, bem como *“(d) o direito de ser julgado num prazo razoável **por um tribunal imparcial**”* (destaque nosso). Para além disso, de acordo com o artigo 26.º da Carta, os Estados Partes *“têm o dever de garantir a independência dos Tribunais”*.

O artigo 8.º, n.º 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos prevê que:

toda a pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, **por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial**, estabelecido anteriormente por lei, no apuramento de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem os seus direitos ou obrigações de natureza civil, de trabalho, fiscal ou de qualquer outra natureza. (destaque nosso).

O artigo 6.º, n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem estipula que

qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável **por um tribunal independente e imparcial**, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela.

Uma vez que todos os juízes do TPI são escolhidos para o cargo mediante eleição, existe a preocupação, no Estatuto de Roma, de se estabelecerem mecanismos legais para assegurar essas garantias, os quais estão contemplados, em sua maioria, nos artigos 40 e 41.

Em relação à independência judicial, o Estatuto estabelece vedação a que os magistrados exerçam qualquer atividade que venha a interferir no exercício de suas funções judiciais ou colocar em dúvida sua independência, tampouco, podem se dedicar a outra ocupação de natureza profissional.

Ademais, gozam de imunidade de jurisdição perante os Estados, o que impede qualquer tipo de interferência em seu convencimento quando da análise dos casos postos à sua apreciação.

No que toca à imparcialidade, o Estatuto aponta no art. 41 situações de suspeição e impedimento.

Assim, um juiz não deverá participar de julgamento em que, por qualquer motivo, seja razoável colocar em dúvida sua imparcialidade, sendo recusado se desempenhou anteriormente qualquer função em processo que tramita perante o Tribunal, ou em processo penal conexo no plano nacional que guarde relação com o indivíduo objeto da investigação ou julgamento. Existe também a previsão de que um juiz poderá ser recusado pelos demais motivos que poderão ser estabelecidos nas Regras de Procedimento e Prova.

3.2.3 Necessidade de um julgamento rápido e justo

A exigência de um julgamento rápido e que assegure ao acusado uma sentença justa, de acordo com o material probatório apresentado pelas partes e colhido durante a instrução, é uma aspiração presente em todos os ordenamentos jurídicos e em diversos instrumentos internacionais.

Cassese¹²⁴, ao cuidar do tema, entende que este princípio alberga 03 questões principais. A primeira trata da “paridade de armas” que deve haver entre autor e réu na condução do processo; a segunda visa a resguardar a publicidade processual; e a terceira busca imprimir maior celeridade na realização dos atos processuais.

Para o autor, o termo “paridade de armas” expressa a idéia de que o acusado não deve ser colocado em uma situação de grande desvantagem em relação à acusação; ao contrário, deve ter sua situação processual protegida e realçada. Tal fato leva o réu a ocupar uma posição melhor ou mais vantajosa do que a acusação, pois a esta cabe a maior parte do ônus probatório.

À defesa compete conhecer e rebater todos os fatos e particularidades contra ela imputados, bem como as provas já produzidas e a produzir. O réu tem o direito de apontar um ou mais defensores, sendo que, em caso de não possuir os meios

¹²⁴ CASSESE, 2003, p. 395.

para custear a sua defesa, é dever do Tribunal propiciar os meios necessários¹²⁵, inclusive pagando os honorários advocatícios e as perícias eventualmente requeridas

A publicidade processual significa que os procedimentos devem, em regra, ser realizados publicamente sem óbices ao conhecimento de seu conteúdo. É uma garantia consagrada em reiterados tratados internacionais, a exemplo do art. 14, inc. I, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

Todas as pessoas são iguais perante os Tribunais e as Cortes de Justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte ou da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das partes o exija, quer na medida em que isto seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá tomar-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto ou o processo diga respeito a controvérsias matrimoniais ou à tutela de menores.

¹²⁵ O art. 67 do Estatuto de Roma estabelece alguns direitos do acusado “1. Durante a apreciação de quaisquer fatos constantes da acusação, o acusado tem direito a ser ouvido em audiência pública, levando em conta o disposto no presente Estatuto, a uma audiência conduzida de forma equitativa e imparcial e às seguintes garantias mínimas, em situação de plena igualdade:

- a) A ser informado, sem demora e de forma detalhada, numa língua que compreenda e fale fluentemente, da natureza, motivo e conteúdo dos fatos que lhe são imputados;
- b) A dispor de tempo e de meios adequados para a preparação da sua defesa e a comunicar-se livre e confidencialmente com um defensor da sua escolha;
- c) A ser julgado sem atrasos indevidos;
- d) Salvo o disposto no parágrafo 2º do artigo 63, o acusado terá 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 o interesse da justiça o exija, sendo tal assistência gratuita se o acusado carecer de meios suficientes para remunerar o defensor assim nomeado;
- e) A inquirir ou a fazer inquirir as testemunhas de acusação e a obter o comparecimento das testemunhas de defesa e a inquirição destas nas mesmas condições que as testemunhas de acusação. O acusado terá também direito a apresentar defesa e a oferecer qualquer outra prova admissível, de acordo com o presente Estatuto;
- f) 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;
- g) A não ser obrigado a depor contra si próprio, nem a declarar-se culpado, e a guardar silêncio, sem que este seja levado em conta na determinação da sua culpa ou inocência;
- h) A prestar declarações não ajuramentadas, oralmente ou por escrito, em sua defesa; e
- i) A que não lhe seja imposta quer a inversão do ônus da prova, quer a impugnação”.

O artigo 8.º, n.º 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos determina que “O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça”.

Uma última questão é a celeridade processual, pela qual, os julgamentos devam ser realizados o mais rápido possível, no menor espaço de tempo, o que na esfera internacional adquire um sentido especial. Em regra, os acusados por crimes de competência das jurisdições internacionais permanecem presos desde a sua captura até o julgamento final, pois é muito difícil coadunar medidas contracautelares dentro do rito previsto para os crimes internacionais.

O art. 20 do Estatuto para o Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia¹²⁶ prevê, expressamente, a necessidade da prisão do acusado quando da confirmação das acusações.

Assim, pedidos de liberdade provisória são reiteradamente indeferidos, já que existe o medo de que a sua concessão inviabilize os trabalhos da Cortes Penais Internacionais com uma eventual fuga ou desaparecimento, ou mesmo, com a obtenção pelo acusado de proteção jurídica de algum Estado que não seja integrante do Estatuto.

A morte de Slobodan Milosevic, ex-presidente da antiga Iugoslávia, ocorrida em março de 2006, lançou novas indagações para o problema, pois foi acusado e preso desde 2002, por genocídio e outros crimes de guerra e por seu papel ativo nas guerras da Croácia e na Bósnia; o fato de ter sido encontrado morto, em sua cela no Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia, em Haia na Holanda, após lhe terem sido negados vários pedidos de liberdade provisória, mesmo constatada a presença de doença cardíaca e hipertensão, demonstra a necessidade de uma maior celeridade em processos desta natureza, bem como a busca e a delimitação de novas figuras jurídicas aptas ao tratamento desses delitos.

¹²⁶ “Toda a pessoa que tenha visto confirmada a acusação contra ela deduzida será submetida a prisão, de acordo com uma ordem ou um mandado de detenção emanado do Tribunal Internacional, e será imediatamente informada daquilo de que a acusam e conduzida ao Tribunal Internacional”. ESTATUTO, 2007.

3.2.4 Impossibilidade de julgamento à revelia

O art. 63¹²⁷ do Estatuto de Roma cuida da impossibilidade de julgamento à revelia, o que denota a influência do sistema da Commom Law¹²⁸ sobre o rito procedimental adotado pelo Estatuto de Roma.

Assim, nos países que adotam esse sistema jurídico é impossível iniciar o processo sem que estejam presentes ambas as partes, autor e réu, pois o processo funciona como uma verdadeira batalha entre a acusação e a defesa.

O Estatuto não cuida da hipótese de impossibilidade de comparecimento do acusado em virtude de perturbação mental ou de doença mental superveniente ao fato, mas apenas refere-se à situação prevista no art. 31, a, que trata da exclusão da responsabilidade penal, pela qual uma pessoa não será considerada criminalmente responsável se, no momento da prática de determinada conduta, vier a “sofrer de enfermidade ou deficiência mental que a prive da capacidade para avaliar a ilicitude ou a natureza da sua conduta, ou da capacidade para controlar essa conduta a fim de não violar a lei”. Em que pese à omissão no Estatuto, o regulamento processual prevê na *rule 135*¹²⁹ as medidas a serem adotadas em tal situação.

¹²⁷ 1. O acusado estará presente durante o julgamento. 2. Se o acusado, presente em tribunal, perturbar persistentemente a audiência, o Juízo de Julgamento em Primeira Instância poderá ordenar a sua remoção da sala e providenciar para que acompanhe o processo e dê instruções ao seu defensor a partir do exterior da mesma, utilizando, se necessário, meios técnicos de comunicação. Estas medidas só serão adotadas em circunstâncias excepcionais e pelo período estritamente necessário, após se terem esgotadas outras possibilidades razoáveis.

¹²⁸ Maria Chaves de Mello (1994, p. 282), comentando o verbete Commom Law em seu dicionário jurídico português-inglês, leciona “O Commom Law forma o fundo do direito civil norte-americano e compreende a parte do direito inglês transplantada para as colônias e que não foi ab-rogada após a Independência, incorporando-se a todos os estados-membros, à exceção do estado de Lousiana que, antiga colônia francesa, conservou o Civil Law originário do Direito Romano. Na sua feição moderna, o Commom Law apresenta-se quase totalmente codificado nos Estados Unidos, conservando o seu caráter de lei não escrita quase apenas no que toca aos atos ilícitos, e na Inglaterra compreende também milhares de “statutes”. Nos dois sistemas ele também abrange a “Equity”, em que os juízes têm competência para decidir segundo o Commom Law e segundo a Equidade”.

¹²⁹ 1. The Trial Chamber may, for the purpose of discharging its obligations under article 64, paragraph 8 (a), or for any other reasons, or at the request of a party, order a medical, psychiatric or psychological examination of the accused, under the conditions set forth in rule 113. 2. The Trial Chamber shall place its reasons for any such order on the record. 3. The Trial Chamber shall appoint one or more experts from the list of experts approved by the Registrar, or an expert approved by the Trial Chamber at the request of a party. 4. Where the Trial Chamber is satisfied that the accused is unfit to stand trial, it shall order that the trial be adjourned. The Trial Chamber may, on its own motion or at the request of the prosecution or the defence, review the case of the accused. In any event, the case shall be reviewed every 120 days unless there are reasons to do otherwise. If necessary, the Trial Chamber may order further examinations of the accused. When the Trial Chamber is satisfied that the accused has become fit to stand trial, it shall proceed in accordance with rule 132.

William Schabas¹³⁰, ilustrando essa possibilidade, menciona:

A situação de um acusado que não está em condições de comparecer a julgamento está longe de ser uma hipótese infundada. No caso Erdemovic, o TPII encaminhou o acusado para uma perícia psiquiátrica a fim de determinar se a confissão de culpa foi feita por uma pessoa que estava 'presente' em todos os sentidos da palavra. Um grupo de especialistas concluiu que ele estava sofrendo de desordens pós-traumáticas de stress e que a sua condição mental naquele momento não permitia o seu julgamento perante o juízo de primeira instância. O juízo de primeira instância adiou a audiência e ordenou uma segunda avaliação do apelante a ser apresentada em 03 meses. O relatório seguinte concluiu que o estado de Erdemovic havia melhorado e que ele estava 'suficientemente apto a comparecer perante o julgamento'. Em Nuremberg, o Tribunal Militar Internacional rejeitou sugestão de que os réus Rudolf Hess e Julius Streicher não estavam aptos a comparecer perante o julgamento.

Ademais, as cortes internacionais de direitos humanos têm enfatizado a necessidade da presença física do réu no julgamento, Cassese¹³¹, citando julgado da Corte Européia de Direitos Humanos, no caso Poitrimol v. France, reiterado em Krombach v. France, destaca:

É de capital importância que o réu compareça ao julgamento, tanto em virtude de seu direito de ser ouvido, quanto pela necessidade de verificar a exatidão de suas afirmações e compará-las com a da vítima - cujos interesses necessitam de proteção- e das testemunhas.

A grande questão que está por trás da imprescindibilidade da presença física do réu, impedindo julgamentos *in absentia*, é a necessidade de colocar o acusado perante a justiça, dando-lhe a oportunidade de se explicar e mesmo de assumir o

¹³⁰ "The situation of an accused who is unfit to stand trial is far from an idle hypothesis. In the *Erdemovic* case, the ICTY remanded the accused for psychiatric examination so as to determine whether the plea of guilty had been made by a man who was 'present' in all senses of the word. A panel of experts concluded that he was suffering from post-traumatic stress disorder and that his mental condition at the time did not permit his trial before the Trial Chamber. The Trial Chamber postponed the pre-sentencing hearing and ordered a second evaluation of the appellant to be submitted in three months time. A subsequent report concluded that Erdemovic's condition had improved such that he was 'sufficiently able to stand trial'. At Nuremberg, the International Military Tribunal rejected suggestions that defendants Rudolf Hess and Julius Streicher were not fit to stand trial". SCHABAS, 2004, p. 146.

¹³¹ "It is of capital importance that a defendant should appear, both because of his right to a hearing and because of the need to verify the accuracy of his statements and compare them with those of the victim – whose interests need to be protected – and of the witnesses". CASSESE, 2003, p. 400.

que fez, proporcionando a que este tenha, conforme a expressão inglesa, *his day in court*¹³².

Esse comparecimento do réu em juízo possui, no âmbito da jurisdição penal internacional, um efeito simbólico muito importante, pois coloca frente a frente carrasco e vítima, propiciando, muitas vezes, que a vítima se liberte de sua solidão, de seus traumas, produzindo catarse e um sentimento de reparação.

Para Garapon¹³³,

Muito frequentemente, e como demonstra a Comissão de Verdade e Reconciliação da África do Sul, as vítimas não pedem nem mais nem menos do que essa presença física forçada. Todos se recordam do depoimento de uma das vítimas do processo Barbie, declarando que, depois dessa confrontação com seu carrasco, poderia, enfim, dormir em paz, visto que há quarenta anos que a cara deste a assombrava e não conseguia apagá-la da memória. O mesmo se constatou no processo Papon; “Senhor Papon: Oh! Pela primeira vez, podemos-nos olhar olhos nos olhos”, exclamou Juliette Benzazon durante o processo. Esperava por aquele dia há dezasseis anos. «Eu não estava fadada a ser deportada, estava fadada a vir falar-lhe [...]. Creio que Deus me deixou viver para que eu pudesse falar neste processo.

3.3 DA COMPETÊNCIA

3.3.1 Competência *ratione temporis*

A competência *ratione temporis* cuida do momento, a partir do qual, passa o Tribunal Penal Internacional a exercer plenamente a sua competência jurisdicional. O Tribunal só terá competência relativamente aos crimes cometidos após a entrada em vigor do Estatuto de Roma (art. 11, 1), sendo de ressaltar que pelo art. 29, os crimes de competência do TPI são imprescritíveis. O art. 24 prevê a garantia de que “nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, de acordo com o presente Estatuto, por uma conduta anterior à entrada em vigor do presente Estatuto”, o que impede a aplicação retroativa *ratione personae*.

¹³² Expressão inglesa que designa o fato de o réu comparecer em juízo e ser o centro das atenções.

¹³³ GARAPON, 2002, p. 202.

A entrada em vigor do Estatuto de Roma ocorreu em 1º de Julho de 2002, cumprindo o que determina o art. 126¹³⁴. Em relação ao Brasil, todavia, o Estatuto de Roma somente passou a vigorar em 1º de setembro de 2002.

Pelo art 11, 2, existe a previsão de que, se um Estado se tornar parte após a entrada em vigor do Estatuto, o que ocorreu dia 1º de julho de 2002, o Tribunal só poderá exercer sua competência em relação aos crimes cometidos depois da entrada em vigor do Estatuto para esse Estado, exceto se este firmar declaração, nos termos do parágrafo 3º do artigo 12, pela qual aceita expressamente a competência do TPI a partir da entrada em vigor do Estatuto.

Para Carolina S. Anello¹³⁵,

Quando um Estado se torna parte do Estatuto, depois da entrada em vigor do mesmo, a corte somente poderá exercer sua competência sobre seus nacionais e territórios por crimes cometidos unicamente após a entrada em vigor do Estatuto para este Estado, a menos que consinta que o TPI possa exercer sua jurisdição sobre um crime determinado desde a entrada em vigor do Estatuto, ou seja desde o dia 1º de julho de 2002 (arts. 11.2 e 12.3). Este é o único caso em que a Corte poderá exercer sua jurisdição de maneira retroativa, com o consentimento do Estado em questão.

Essa limitação imposta à Corte de retroagir para conhecer fatos ocorridos antes de sua entrada em vigor é levantada por William Shabas¹³⁶ que comenta:

¹³⁴ 1. O presente Estatuto entrará 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, de aceitação, de aprovação ou de adesão junto do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas. 2. Em relação ao Estado que ratifique, aceite ou aprove o Estatuto ,ou a ele adira após o depósito do sexagésimo instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão, o Estatuto entrará em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um período de 60 dias após a data do depósito do respectivo instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão.

¹³⁵ “Cuando un Estado se constituya en parte del Estatuto después de la entrada en vigor del mismo, la Corte podrá ejercer su competencia sobre sus nacionales y territorio por crímenes cometidos únicamente desde la entrada en vigor para tal Estado, a menos que consienta que la CPI pueda ejercer su jurisdicción sobre un crimen determinado desde la entrada en vigor del Estatuto, o sea desde el 1º de julio de 2002 (arts. 11.2 y 12.3). En éste único caso, la Corte podrá ejercer su jurisdicción de manera retroactiva, con el consentimiento del Estado en cuestión”. ANELLO, 2007.

¹³⁶ “The Statute has been criticised for its inability to reach into the past and prosecute atrocities committed prior to its coming into force. The answer to this objection is entirely pragmatic. Few States – even those who were the Court’s most fervent advocates – would have been prepared to recognise a court with such an ambit. The idea was unmarketable and was never seriously entertained during the drafting. But the failure to prosecute retroactively does not wipe the slate clean and grant a form of impunity to previous offenders. Those responsible for atrocities committed prior to entry into force of the Rome Statute may and should be punished by national courts. Where the state of nationality or the territorial State refuse to act, an increasing number of States now provide for universal jurisdiction over such offences. Other options include the establishment by treaty of an international court, like the Special Court for Sierra Leone, whose legal basis is an agreement between the government of Sierra Leone and the United Nations, the latter acting pursuant to a Security Council resolution”. SCHABAS, 2004, p. 70.

O Estatuto foi criticado por sua inabilidade em alcançar os fatos ocorridos e processar as atrocidades cometidas anteriormente à sua vigência. A resposta para essa objeção é totalmente pragmática. Poucos Estados – mesmo aqueles que foram os mais fervorosos defensores da Corte – teriam sido preparados para reconhecer a Corte com tal abrangência. A idéia foi inegociável e nunca foi seriamente acolhida durante a elaboração do Estatuto. Mas a omissão em processar retroativamente não joga por terra a possibilidade de responsabilizar criminalmente e garante uma forma de impunidade para os acusados. Aqueles responsáveis por atrocidades anteriores à entrada em vigência do Estatuto de Roma podem e devem ser punidos por tribunais nacionais. Onde o estado de nacionalidade ou o estado territorial recusa-se a agir, um número crescente de Estados tornam possível a jurisdição universal sobre tais ofensas. Outras opções incluem o estabelecimento por tratado de uma Corte Internacional, a exemplo da Corte Especial para Serra Leoa, cuja base legal é um acordo entre o Governo de Serra Leoa e as Nações Unidas, o último agindo em conformidade com a resolução do Conselho de Segurança.

Por fim, há a disposição transitória do art 124 que permite ao Estado, que venha a se tornar parte do Estatuto, a imunidade de jurisdição perante a Corte pelo período de 07 anos e determina

Não obstante o disposto nos parágrafos 1º e 2º do artigo 12, um Estado que se torne Parte no presente Estatuto, poderá declarar que, durante um período de sete anos a contar da data da entrada em vigor do Estatuto no seu território, não aceitará a competência do Tribunal relativamente à categoria de crimes referidos no artigo 8º, quando haja indícios de que um crime tenha sido praticado por nacionais seus ou no seu território. A declaração formulada ao abrigo deste artigo poderá ser retirada a qualquer momento. O disposto neste artigo será reexaminado na Conferência de Revisão a convocar em conformidade com o parágrafo 1º do artigo 123.

3.3.2 Competência *ratione personae*

A competência *ratione personae* refere-se às pessoas que estão sujeitas à responsabilidade penal internacional. Segundo o art. 26, “O Tribunal não terá jurisdição sobre pessoas que, à data da alegada prática do crime, não tenham ainda completado 18 anos de idade”, ou seja, o Estatuto consagra 18 anos como a maioridade no âmbito internacional penal.

Além disso, é irrelevante para o exercício da jurisdição penal internacional a qualidade oficial¹³⁷, isto é, possuir o acusado de crimes de competência do tribunal qualquer cargo ou função pública importante.

O art. 28, a, do Estatuto prevê o princípio da responsabilidade de comando, pelo qual “o chefe militar, ou a pessoa que atue efetivamente como chefe militar, será criminalmente responsável por crimes da competência do Tribunal que tenham sido cometidos por forças sob seu comando e controle efetivos ou sob a sua autoridade e controle efetivos, [...]” por esse princípio o que se pune é a falta de um controle efetivo e apropriado sobre as atitudes dos comandados.

O art. 31 elenca as causas de exclusão da responsabilidade criminal, ou seja, trata das pessoas que não estão sujeitas à competência do Tribunal, e que segundo o artigo são: os menores de 18 anos e aqueles que sofram de uma enfermidade ou deficiência mental que venha a privá-los da capacidade para avaliar a ilicitude ou a natureza da sua conduta, ou da capacidade para controlar essa conduta; em virtude de estado de intoxicação que os prive das mesmas incapacidades anteriormente ditas, exceto, se tiverem se intoxicado voluntariamente; em caso de defesa própria ou de terceiro com razoabilidade ou, ainda, em caso de crimes de guerra em defesa de um bem que seja essencial para a sua sobrevivência ou de terceiro ou à realização de uma missão militar; por fim, ocorrendo coação decorrente de uma ameaça iminente de morte ou ofensas corporais graves para si ou para outrem, e em que se veja compelida a atuar de forma necessária e razoável para evitar essa ameaça, desde que não tenha a intenção de causar um dano maior que aquele que se propunha evitar.

¹³⁷ Conforme o art. 27: “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 procedimento especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa; nos termos do direito interno ou do direito internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa”.

3.3.3 Competência *ratione materiae*

A competência material prevista no art. 5º do Estatuto de Roma refere-se aos delitos que a Corte Penal Internacional deve perseguir: genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão. Entretanto, esta análise será melhor realizada no próximo capítulo, em que será feita uma abordagem penal sobre o Estatuto no tópico referente aos “crimes previstos no Estatuto”.

3.4 A ESTRUTURA ADMINISTRATIVA E JUDICIAL DA CORTE

O Tribunal Penal Internacional tem sede na cidade de Haia na Holanda. Em que pese estar situado fisicamente neste país, nada impede o funcionamento da Corte em outro local, nos termos do que determina o Estatuto de Roma. O Tribunal é uma instituição permanente, com jurisdição sobre todas as pessoas que cometeram os delitos descritos em sua competência, sendo sua atuação complementar às jurisdições penais nacionais. O Tribunal possui personalidade jurídica internacional, podendo exercer os seus poderes e funções no território de qualquer Estado Parte e, por acordo especial, no território de qualquer Estado.

Não existe subordinação do TPI à ONU, devendo as relações entre as duas entidades ser estabelecidas em acordo¹³⁸ a ser aprovado pela Assembléia dos

¹³⁸ No site da Corte consta o esboço de acordo celebrado entre as Nações Unidas e o Tribunal Penal Internacional, o qual deverá ainda ser submetido à aprovação da Assembléia-Geral das Nações Unidas e pela Assembleia-geral dos Estados Partes do Tribunal. Destaca-se o art. 17 que trata da relação entre o Conselho de Segurança da ONU e a Corte Penal Internacional. Abaixo transcreve-se o seu inteiro teor.

“Cooperation between the Security Council of the United Nations and the Court

1. When the Security Council, acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations, decides to refer to the Prosecutor pursuant to article 13, paragraph (b), of the Statute, a situation in which one or more of the crimes referred to in article 5 of the Statute appears to have been committed, the Secretary-General shall immediately transmit the written decision of the Security Council to the Prosecutor together with documents and other materials that may be pertinent to the decision of the Council. The Court undertakes to keep the Security Council informed in this regard in accordance with the Statute and the Rules of Procedure and Evidence. Such information shall be transmitted through the Secretary-General.

2. When the Security Council adopts under Chapter VII of the Charter a resolution requesting the Court, pursuant to article 16 of the Statute, not to commence or proceed with an investigation or prosecution, this request shall immediately be transmitted by the Secretary-General to the President of the Court and the Prosecutor. The Court shall inform the Security Council through the Secretary-

Estados que fazem parte do Tribunal e, em seguida, ser concluído pelo Presidente do Tribunal em nome deste.

Carolina Anello¹³⁹, cuidando da relação entre o TPI e a ONU informa que

Como resultado de várias opções, no seio da CDI, decidiu-se criar a Corte Penal Internacional por intermédio de um Tratado Internacional. Um dos principais motivos foi a necessidade de criar um órgão judicial penal internacional independente, e para garanti-lo, optou-se por não vinculá-la estruturalmente a um órgão das Nações Unidas, tampouco como órgão subsidiário derivado de resoluções da assembleia geral em virtude do artigo 22, ou do Conselho de Segurança como consequência da aplicação dos artigos 24 e 25 em relação com o artigo 29 da Carta.

No entanto, era necessário que a CPI guardasse certa relação com as Nações Unidas, já que uma eficaz relação com as Nações Unidas outorgaria à Corte Penal Internacional as características de universalidade, autoridade e permanência somadas a sua independência judicial, bem como uma base teórica que desse os instrumentos necessários para que a Corte pudesse cumprir com seus objetivos de forma efetiva, justa, independente e ausente de critérios de cunho político estatal.

É interessante notar que esta independência do Tribunal Penal Internacional em relação à ONU não é absoluta, existindo no Estatuto de Roma exceção¹⁴⁰, pela qual, o Conselho de Segurança, de acordo com uma resolução aprovada com base no disposto no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, pode pedir à Corte que suspenda a investigação ou processo que já tenha sido iniciado, por um período de

General of its receipt of the above request and, as appropriate, inform the Security Council through the Secretary-General of actions, if any, taken by the Court in this regard.

3. Where a matter has been referred to the Court by the Security Council and the Court makes a finding, pursuant to article 87, paragraph 5 (b) or paragraph 7, of the Statute, of a failure by a State to cooperate with the Court, the Court shall inform the Security Council or refer the matter to it, as the case may be, and the Registrar shall convey to the Security Council through the Secretary-General the decision of the Court, together with relevant information in the case. The Security Council, through the Secretary-General, shall inform the Court through the Registrar of action, if any, taken by it under the circumstances”.

¹³⁹ “Luego de varias alternativas, en el seno de la CDI se decidió crear la Corte Penal Internacional por medio de un Tratado Internacional. Uno de los principales motivos ha sido la necesidad de crear un órgano judicial penal internacional independiente, y para garantizarlo se optó por no vincularla estructuralmente con un órgano de Naciones Unidas, bien como órgano subsidiario derivado de resoluciones de la Asamblea General en virtud del artículo 22, o del Consejo de Seguridad como consecuencia de la aplicación de los artículo 24 y 25 en relación con el artículo 29 de la Carta.

Sin embargo, era necesario que la CPI guardara cierta relación con Naciones Unidas, ya que una eficaz relación con Naciones Unidas le otorgaría a la Corte Penal Internacional las características de universalidad, autoridad y permanencia sumadas a su independencia en la función judicial, una base teórica que da los instrumentos necesarios para que la Corte pueda cumplir con sus objetivos de forma efectiva, justa, independiente y ausente de criterios de oportunidad política estatal”. ANELLO, 2007.

¹⁴⁰ O art. 16 do Estatuto estatui que “nenhum inquérito ou procedimento crime poderá ter início ou prosseguir os seus termos, com base no presente Estatuto, por um período de doze meses a contar da data em que o Conselho de Segurança assim o tiver solicitado em resolução aprovada nos termos do disposto no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas; o pedido poderá ser renovado pelo Conselho de Segurança nas mesmas condições”.

12 meses. O pedido poderá ser renovado pelo Conselho de Segurança nas mesmas condições.

William Schabas¹⁴¹ faz importante observação:

Este dispositivo altamente controverso é, entretanto, um avanço bastante significativo em relação ao projeto original de Estatuto elaborado pela Comissão de Direito Internacional. Nesse documento, a Corte foi proibida de conhecer um caso “que estivesse sendo tratado pelo Conselho de Segurança como uma ameaça ou uma violação da paz internacional ou como um ato de agressão, nos termos do Capítulo VII da Carta, a menos que o Conselho de Segurança de outra forma decidisse”. Tal dispositivo teria permitido que um único Estado, que fosse membro do Conselho, obstruísse a acusação colocando uma questão na pauta, que somente poderia ser ignorado por uma decisão do próprio Conselho. E uma decisão do próprio Conselho pode ser bloqueada a qualquer momento por um dos 05 membros permanentes – Estados Unidos, Reino Unido, China, França e Federação Russa – exercendo seu veto.

Segundo o art. 34 do Estatuto, o Tribunal será composto, basicamente, pelos seguintes órgãos: a Presidência, Uma Seção de Recursos, uma Seção de Julgamento em Primeira Instância e uma Seção de Instrução, o gabinete do Procurador e a Secretaria.

As línguas oficiais são o árabe, o chinês, o espanhol, o francês, o inglês e o russo, sendo que as sentenças proferidas pelo Tribunal, bem como outras decisões sobre questões fundamentais submetidas ao Tribunal serão publicadas nas línguas oficiais. As línguas de trabalho do Tribunal são o Francês e o Inglês. O Tribunal poderá ainda autorizar o uso de uma língua que não seja a francesa ou a inglesa, sempre que considerar que tal autorização se justifica.

Em que pese toda esta preocupação do Estatuto em definir os idiomas oficiais e de trabalho, é o inglês, de fato, que predomina nas comunicações que ocorrem no âmbito da Corte, tendo sido a língua que prevaleceu nos trabalhos preparatórios e durante a Conferência de Roma.

Uma grande dificuldade apontada pelos autores é a que decorre dessa necessária criação do direito em um âmbito plurilíngue que, inevitavelmente, reduz a

¹⁴¹ “This highly controversial provision is, however, a rather significant improvement upon a text in the original draft statute prepared by the International Law Commission. In that document, the Court was prohibited from prosecuting a case ‘being dealt with by the Security Council as a threat to or breach of the peace or an act of aggression under Chapter VII of the Charter, unless the Security Council otherwise decides’. Such a provision would have allowed a single State that was a member of the Council to obstruct prosecution by placing a matter on the agenda, something that could only be overridden by a decision of the Council itself. And a decision of the Council itself can be blocked at any time by one of the five permanent members – the United States, the United Kingdom, China, France and the Russian Federation – exercising its veto”. SCHABAS, 2004, p. 82.

qualidade das comunicações jurídicas¹⁴² realizadas entre os operadores do direito, gerando imprecisão na definição dos conceitos e do instrumental jurídico manejado, mas que em um sistema internacional como é o Estatuto de Roma é imprescindível para o funcionamento da Corte.

O Tribunal será composto por 18 juízes, pessoas de elevada idoneidade moral, imparcialidade e integridade, que possuam reconhecida competência em direito penal, processual penal, direito internacional humanitário e direitos humanos, além de sólida experiência em processos penais e em profissões jurídicas com relevância para a função judicial do Tribunal. Dentre os juízes, dez serão eleitos entre penalistas e oito entre internacionalistas. O mandato para o exercício de suas funções será de 09 anos, sendo que cada Estado parte poderá indicar até dois candidatos para o cargo.

O Tribunal será dividido em três seções: de Julgamento em Primeira Instância, de Instrução e de Recursos. Segundo o art. 39, “a Seção de Recursos será composta pelo Presidente e quatro juízes, a de Julgamento em Primeira Instância por, pelo menos, seis juízes e a de Instrução por, pelo menos, seis juízes.

Frank Jarasch¹⁴³, membro da delegação alemã presente na Conferência de Roma, assevera:

¹⁴² Segundo o professor argentino Daniel Pastor (2006, p. 162 et. seq) tratando das dificuldades na utilização da língua em ambientes plurilíngues como é a Corte Penal Internacional. “Más allá de las estipulaciones acerca de los idiomas oficiales del régimen del ECPI, que son los de la ONU (árabe, chino, español, francés, inglés y ruso) y de que la inglesa y la francesa sean por regla general las lenguas de trabajo, lo cierto es que se impone de hecho para el sistema un modelo monolingüe que tiende a ser «un inglés» que no es el mejor de todos, sino una suerte de lengua necesariamente simplificada para facilitar la comunicación en la «comunidad internacional». Pero una cosa es hacer diplomacia, turismo, química o conferencia de prensa de Fórmula uno en esta pobre lengua franca del mundo moderno y otra muy distinta es hacer derecho. En derecho el lenguaje es todo. El derecho se ejerce por medio de formulaciones narrativas y afirmaciones y negaciones respecto de hipótesis. Su eficacia depende de la capacidad comunicativa del idioma en el que se sustenta. La creación de derecho para un ámbito plurilingüe implica siempre un declive en la calidad del instrumental jurídico producto de una inevitable reducción de la calidad idiomática. Se hacen compromisos también lingüísticos para asegurar los consensos mínimos, pero en ello se pierde indefectiblemente gran parte de la precisión que tiene cualquier lengua considerada de modo aislado. Esta reducción del idioma jurídico, fenómeno bien conocido en el derecho internacional, especialmente en el marco de la EU pero no solamente, no tiene repercusiones tan graves en el mundo extra penal. Sin embargo, la situaciones bien distintas en el terreno del derecho punitivo, pues la diversidad lingüística se ve reflejada, por un lado, en la existencia de textos en distintos idiomas igualmente válidos (seis en el caso de ECPI), pero que no dicen siempre exactamente lo mismo, y, por el otro, en el hecho de que la comunicación se consigue reduciéndola a un lenguaje común, el de trabajo (dos idiomas de lege lata en el ECPI, pero uno de hecho), que es necesariamente un idioma rebajado para facilitar esa función respecto de todas las lenguas involucradas en el conjunto. En materia penal, el resultado de la situación puede ser visto en los complejos problemas que para el principio de taxatividad supone esta Torre de Babel penal y los riesgos de confusión derivados de la diversidad cultural de los intérpretes.”

¹⁴³ JARASCH, 2000, p. 96 et. seq.

Um dos temas problemáticos foi o número de juízes e outro, a ele relacionado, porém mais difícil de ser resolvido, a organização das Câmaras de Corte. No que diz respeito à organização da Corte, um caso pôde ser solucionado rapidamente: havia desacordo em se ter somente uma ou mais Câmaras(s) para verificação da admissibilidade da causa, foi decidido pela introdução do termo “Seções” deixando em aberto a questão do número de Câmaras. O termo Seções (a princípio proposto pelo coordenador britânico) foi introduzido no art. 39, o qual agora estipula o número de Seções dentro das Câmaras (ver art. 39, par. 2.º). O número de juízes na Corte permaneceu discutível por um bom tempo: números entre 15 e 21 foram apresentados. Os Estados propuseram um pequeno número em face do diminuto número de casos perante a Corte e por razões financeiras. Outros Estados propuseram um número grande de Câmaras de Julgamento e Recursos, implicando, portanto, a necessidade de um grande número de juízes. No final, a maioria apresentou-se a favor das Câmaras de Processos com três juízes, Câmaras de Pré-julgamento com três juízes ou somente um, e Câmaras de Recursos com cinco juízes.

A escolha dos juízes que devem ocupar cada Seção é feita de acordo com a natureza das funções que corresponderem a cada um e com as respectivas qualificações e experiências, de modo que cada Seção disponha de um conjunto adequado de especialistas em direito penal e processual penal e em direito internacional. É de se ressaltar que a Seção de Julgamento em Primeira Instância e a Seção de Instrução deverão ser predominantemente compostas por juízes com experiência em processo penal.

A Presidência do Tribunal é responsável pela administração da Corte e por uma variedade de funções previstas no Estatuto. O Presidente, o Primeiro Vice-Presidente e o Segundo Vice-Presidente serão eleitos por maioria absoluta dos juízes, cabendo a cada um desempenhar o respectivo cargo por um período de três anos ou até ao término do seu mandato como juiz, o que ocorrer primeiro, podendo ser reeleitos uma única vez.

Mediante proposta apresentada pelo presidente, a maioria absoluta dos juízes, em escrutínio secreto, escolherá um secretário que dirigirá a Secretaria do Tribunal e, se necessário, elegerão um secretário-adjunto, por recomendação do secretário e pela mesma forma. O mandato do secretário será de 05 anos, devendo ser exercido em regime de exclusividade, podendo ser reeleito mais uma vez. O secretário-adjunto será eleito por um período de cinco anos, ou por um período mais curto se assim o decidirem os juízes por deliberação tomada por maioria absoluta,

O secretário e o secretário-adjunto deverão ser pessoas de elevada idoneidade moral e possuir um elevado nível de competência e um excelente conhecimento e domínio de, pelo menos, uma das línguas de trabalho do Tribunal.

Japiassú¹⁴⁴ reproduz excelente síntese apresentada por Leila Sadat Wexler sobre a estrutura do Tribunal e a organização judiciária e que se encontra no anexo deste trabalho.

3.5 DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

3.5.1 Das características gerais

As normas que tratam do Ministério Público, no âmbito do Tribunal, não estão dispostas de forma sistemática, agrupadas em título próprio, encontrando-se dispersas ao longo do texto.

O Ministério Público delineado no Estatuto de Roma representa um grande avanço em relação aos perfis ministeriais adotados anteriormente, a exemplo, dos Tribunais Militares de Nuremberg e de Tóquio, bem como, em época mais recente, dos Tribunais Penais Internacionais ad-hoc para a Ex-Iugoslávia e para Ruanda.

É interessante perceber que nesses dois últimos Tribunais, o rito procedimental escolhido consagra ampla liberdade ao Ministério Público na condução das investigações e na colheita de provas, dando ao Procurador a discricionariedade de decidir sobre o início ou não de uma investigação. Esse fato decorre em grande parte da inexistência de uma câmara de questões preliminares ou de instrução à semelhança do que ocorre no estatuto do TPI.

O Estatuto de Roma, ao contrário, adotou um modelo mais garantista, mais preocupado com os direitos e a situação do acusado e contemplou amplos poderes para a atuação do Ministério Público que não se restringem a um papel meramente

¹⁴⁴ JAPIASSÚ, 2004, p. 189 et. seq.

acusatório¹⁴⁵, de parte processual, mas enfatizam o dever do Procurador e de seus assistentes de buscar, de forma eficaz, a verdade material.

Outro aspecto importante, ao se tratar do Ministério Público atuante perante o Tribunal Penal Internacional, é o que tem relação ao processo de escolha do Procurador e dos Procuradores-adjuntos.

William Schabas¹⁴⁶ cuidando do assunto, assevera:

O Ministério Público previsto no Estatuto de Roma é um órgão separado e independente. O gabinete do Procurador é chefiado pelo Procurador, o qual é auxiliado por um ou mais Procuradores-adjuntos. O Procurador e o Procurador-adjunto devem ser de nacionalidades diferentes. Ambos o Procurador e o Procurador-adjunto devem ser pessoas da mais 'alta reputação moral' com extensa experiência prática de persecução ou julgamento de causas penais. Eles devem ser fluentes. A seleção de um Procurador provou ser mais difícil do que a eleição dos juizes da corte. Cedo, concordou-se que era altamente desejável que este importante cargo fosse preenchido por consenso em vez de uma volátil e imprevisível votação secreta. Quando as candidaturas apareceram, formal e tardiamente, no final de 2002, nem um único candidato foi proposto. No final da primeira sessão da Assembléia dos Estados Partes, em fevereiro de 2003, foi acordado que seria reaberto o período de candidaturas, com o objetivo de eleger o Procurador na segunda sessão em abril do mesmo ano. Um acordo informal foi alcançado no final de março, quando Zeid Raad Al Hussein, Presidente da Assembléia dos Estados Partes, anunciou a designação de Luis Moreno Ocampo da Argentina. Ocampo se destacou como Procurador-Adjunto durante os julgamentos dos oficiais argentinos que apoiaram a

¹⁴⁵ Hans-Jörg Behrens (2000, p. 78) afirma que "Nos estatutos do tribunal para a antiga Iugoslávia e para Ruanda não existe menção ao dever do Ministério Público em estabelecer a verdade ou investigar de maneira equitativa as condições que podem levar à imposição de uma acusação ou as causas de justificação, mas estes elementos são de qualquer maneira previstos no art. 54, § 1.º, "a". É também marcante a possibilidade do poder do Ministério Público em recorrer contra uma decisão nos interesses de uma pessoa condenada de acordo com o art. 81, § 1.º, "b" e o seu dever de dar um fim à causa quando obtiver uma informação favorável ao acusado, na conformidade do art. 67, § 2.º Estas determinações demonstram de uma maneira muito clara que o papel do Ministério Público na estrutura da Corte não é apenas o de uma mera e estreita parte, assim como definida nos âmbitos de um processo. O Ministério Público tem, enquanto organismo da Corte, um dever de estabelecer de acordo com a mais eficiente atuação de seus poderes a verdade, mesmo que isto leve a uma não punição do acusado."

¹⁴⁶ "The prosecutorial arm of the Court is a separate and independent organ. The office of the Prosecutor is headed by the Prosecutor, who is assisted by one or more Deputy Prosecutors. The Prosecutor and the Deputy Prosecutors are required to be of different nationalities. Both the Prosecutor and Deputy Prosecutor are to be persons 'of high moral character' with 'extensive, practical experience' in criminal prosecutions. They must be fluent in at least one of the working languages of the Court. Selection of a Prosecutor proved to be more difficult than election of the judges of the Court. Early on, it was agreed that it was highly desirable for this highly sensitive position to be filled by consensus rather than by a volatile and unpredictable ballot. When nominations formally came to an end in late 2002, not a single candidate had been proposed. At the resumed first session of the Assembly of States Parties, in February 2003, it was agreed to reopen the nomination period, with a view to election of the Prosecutor at the second resumed session in April of the same year. An informal consensus was reached in late-March, when Zeid Raad Al Hussein, President of the Assembly of States Parties, announced the designation of Luis Moreno Ocampo of Argentina. Ocampo distinguished himself as deputy prosecutor during trials of Argentina military officials who had supported the dictatorship that held power between 1976 and 1983. Subsequently, he helped found one of the country's major human rights non-governmental organizations." SCHABAS, 2004, p. 181.

ditadura que esteve no poder entre 1976 e 1983. Subseqüentemente, ele ajudou a fundar uma das maiores organizações não-governamentais dos país.

O art. 34 coloca a promotoria como um dos órgãos que compõem o Tribunal, porém, em que pese tal disposição, o Ministério Público previsto no estatuto é independente e autônomo, não havendo vinculação sequer com o Conselho de Segurança da ONU.

Dessa forma, a leitura que deve ser empreendida ao art. 34 é a de que o Ministério Público, no texto é utilizada a denominação “Gabinete do Procurador”, é, em verdade, uma função essencial à justiça, no caso a uma justiça internacional penal, não havendo nenhuma relação de dependência entre seus membros e os magistrados que compõem o Tribunal.

A atuação ministerial é marcadamente penal, ou seja, não engloba atuação em outras questões, estando restrita aos crimes previstos no art. 5.º

O Ministério Público disposto no Estatuto de Roma é uma instituição forte que, além dos poderes e deveres processuais, detém a possibilidade de propor medidas legislativas de emendas às regras de prova e procedimento, faculdade prevista no art. 51.º, item 2 (c), sendo exercida ao lado de qualquer Estado-Parte, bem como os juízes, por maioria absoluta.

As garantias ao exercício de suas funções estão previstas no art. 48, sendo outorgado aos membros ministeriais os mesmos privilégios e imunidades reconhecidas aos chefes de missões diplomáticas; uma vez expirado o mandato, seguirão gozando de absoluta imunidade judicial pelas declarações que tenham sido feitas, oralmente ou por escrito, e pelos atos realizados no desempenho de suas funções.

Atualmente, tramitam perante a Corte Penal Internacional quatro investigações envolvendo fatos ocorridos na República Democrática do Congo, em Uganda, na República Centro-Africana e no Sudão. Essas investigações decorrem de denúncias formuladas pelos próprios Estados-partes e pelo Conselho de Segurança da ONU. A Seção de Instrução ou Câmara de Questões preliminares, em decorrência de requerimento formulado pelo Procurador, já expediu oito mandados de prisão nesses processos.

Em 09 de novembro de 2006, o Tribunal realizou a sua primeira audiência visando apurar a responsabilidade de Thoma Lubanga¹⁴⁷, um líder de milícias rebeldes na República Democrática do Congo, que, segundo a acusação, teria realizado o recrutamento de crianças para servir como soldados no conflitos.

3.5.2 Da atuação funcional

Reza o art. 15 que havendo a notícia de um crime¹⁴⁸ “notitia criminis”, o membro ministerial deverá proceder a uma investigação preliminar, pela qual irá verificar a seriedade das informações recebidas, podendo para isso solicitar informações aos Estados, órgãos das Nações Unidas, organizações intergovernamentais ou não-governamentais ou a outras fontes fidedignas que considere apropriadas, produzindo as provas necessárias.

Após a colheita das provas, o promotor terá duas opções:

- a) Conclui pela existência de base suficiente para iniciar uma investigação, momento em que apresenta à Câmara de Instrução um pedido de autorização para o início de uma investigação formal, passando o tema a ser tratado no moldes do art. 18;
- b) Conclui pela insubsistência de elementos a fundamentar uma persecução penal devendo comunicar aos interessados sua decisão, que é interna, não havendo a possibilidade de controle jurisdicional; entretanto, esta

¹⁴⁷ Segundo informação do site da BBCBrasil (2007), “A promotoria diz que Lubanga visitou um campo de treinamento das forças da etnia hema, que contavam com criança de pouco mais de dez anos de idade e se preparavam para enfrentar os rivais da etnia lendu. Além de incentivá-los, eles (Lubanga e seus seguidores) também ameaçaram matar as crianças se elas tentassem fugir do campo”, afirmou a promotoria, de acordo com a agência de notícias francesa France Presse. As crianças-soldado foram mais tarde instruídas a ‘matar todos os lendus, incluindo homens, mulheres e crianças’, acrescentou a promotoria, baseada nos depoimentos de seis crianças”.

¹⁴⁸ Conforme a profª Flávia Piovesan (2006, p. 209): “ Até outubro de 2004, mais de mil denúncias de indivíduos e de organizações não-governamentais de direitos humanos, provenientes de mais de 80 países, haviam sido recebidas pela Promotoria do Tribunal Penal Internacional. Preliminarmente, as denúncias são analisadas pela Promotoria, a fim de verificar a existência de uma base mínima para o início de investigações, de acordo com o Estatuto de Roma e com o Regulamento de Procedimento e Prova. Em 2004, após rigorosas análises, a promotoria decidiu pela instauração de duas investigações na África, a partir de denúncia oferecida pelos próprios Estados: República da Uganda e República Democrática do Congo”.

discrecionariade outorgada ao membro ministerial não é absoluta, pois deve observar o art. 53¹⁴⁹.

Ocorrendo a necessidade de uma investigação formal deve o promotor notificar todos os Estados-partes, bem como os Estados que tenham jurisdição sobre os delitos cometidos. Esta providência decorre do fato de ser a jurisdição do Tribunal complementar à dos Estados, ou seja, este somente agirá se o Estado-Parte permanecer inerte ou adotar procedimentos que, injustificadamente, visem a excluir responsabilidades.

Após 30 dias da notificação, que pode ser a título confidencial com vista a proteger pessoas, impedir destruição de provas ou fuga de envolvidos, podem os Estados informar as providências adotadas em relação aos delitos cometidos em seu território e que se refiram às informações constantes da notificação. Nesta comunicação, os Estados podem solicitar a transferência de inquérito porventura já existente, cabendo ao Ministério Público, caso transfira a investigação, o prazo de 06

¹⁴⁹ 1. O Procurador, após examinar a informação de que dispõe, abrirá um inquérito, a menos que considere que, nos termos do presente Estatuto, não existe fundamento razoável para proceder a ele. Na sua decisão, o Procurador terá em conta se:

a) A informação de que dispõe constitui fundamento razoável para crer que foi, ou está sendo, cometido um crime da competência do Tribunal; b) O caso é ou seria admissível nos termos do artigo 17; e c) Tendo em consideração a gravidade do crime e os interesses das vítimas, não existirão, contudo, razões substanciais para crer que o inquérito não serve os interesses da justiça.

Se decidir que não há motivo razoável para abrir um inquérito e se esta decisão se basear unicamente no disposto na alínea c), o Procurador informará o Juízo de Instrução.

2. Se, concluído o inquérito, o Procurador chegar à conclusão de que não há fundamento suficiente para proceder criminalmente, na medida em que: a) Não existam elementos suficientes, de fato ou de direito, para requerer a emissão de um mandado de detenção ou notificação para comparência, de acordo com o artigo 58; b) O caso seja inadmissível, de acordo com o artigo 17; ou c) O procedimento não serviria o interesse da justiça, consideradas todas as circunstâncias, tais como a gravidade do crime, os interesses das vítimas e a idade ou o estado de saúde do presumível autor e o grau de participação no alegado crime, comunicará a sua decisão, devidamente fundamentada, ao Juízo de Instrução e ao Estado que lhe submeteu o caso, de acordo com o artigo 14, ou ao Conselho de Segurança, se se tratar de um caso previsto no parágrafo b) do artigo 13.

3. a) A pedido do Estado que tiver submetido o caso, nos termos do artigo 14, ou do Conselho de Segurança, nos termos do parágrafo b) do artigo 13, o Juízo de Instrução poderá examinar a decisão do Procurador de não proceder criminalmente em conformidade com os parágrafos 1º ou 2º e solicitar-lhe que reconsidere essa decisão;

b) Além disso, o Juízo de Instrução poderá, oficiosamente, examinar a decisão do Procurador de não proceder criminalmente, se essa decisão se basear unicamente no disposto no parágrafo 1º, alínea c), e no parágrafo 2º, alínea c). Nesse caso, a decisão do Procurador só produzirá efeitos se confirmada pelo Juízo de Instrução.

4. O Procurador poderá, a todo o momento, reconsiderar a sua decisão de abrir um inquérito ou proceder criminalmente, com base em novos fatos ou novas informações.

meses para reexaminar a transferência decidida ou, a qualquer momento, quando tenha ocorrido uma mudança significativa na situação dos fatos.

Transferido o inquérito, o Ministério Público poderá solicitar ao Estado destinatário que informe periodicamente sobre o seu andamento e de qualquer medida adotada. Os Estados-partes responderão a estes pedidos sem atrasos injustificados.

Ainda que ocorra a transferência do inquérito, poderá o Ministério Público realizar diligências necessárias para preservar elementos de prova, quando exista uma oportunidade única de obter provas relevantes ou um risco significativo de que essas provas possam não estar disponíveis numa fase ulterior

3.5.3 Do alcance do princípio da obrigatoriedade da ação penal e da admissibilidade da acusação

O modelo de Ministério Público previsto no Estatuto assemelha-se ao Anglo-Saxão, pois a estrutura processual utilizada segue a sistemática da “Common Law”, havendo, por conseguinte, uma maior liberdade do membro ministerial em relação aos princípios¹⁵⁰ que regem a ação penal.

Fauzi Hassan Choukr¹⁵¹ cita que *“como se verá, existe uma sorte de discricionariedade na atividade do Ministério Público no Estatuto de Roma, podendo não ser proposta ação penal mesmo quando presentes os requisitos para tal”*.

Tal prerrogativa se deve pela forma como foi estruturada a investigação e o processo, visto que o Estatuto, quando da propositura da ação penal, prevê a necessidade de uma audiência prévia para a admissibilidade da acusação, providência que não é adotada, como regra, em nosso sistema processual penal.

Esta audiência, prevista no art. 61, realizar-se-á na presença do promotor, do acusado e de seu defensor, sendo que até a sua realização poderá o órgão acusatório desenvolver todas as investigações necessárias ao esclarecimento dos fatos, havendo a possibilidade, inclusive, de ser alterada a imputação já formulada, consoante o art. 61, 4 e 5.

¹⁵⁰ JARDIM, 1999. TOURINHO FILHO, 1987.

¹⁵¹ CHOUKR, 2000, p. 308.

O desenvolvimento da audiência se iniciará pela apresentação formal da acusação com as provas pertinentes, oportunizando-se ao réu todos os meios de defesa admitidos. É necessária a sua presença física, exceto no caso em que tiver renunciado ao seu direito de estar presente ou ocorrendo fuga, devendo o acusado ser representado em juízo por um defensor. Essa necessidade de representação por advogado não impede que o acusado atue em causa própria, desde que possua habilitação para tal, conforme William Schabas¹⁵²:

Ao acusado é permitido que atue em causa própria. Existem, no mínimo, dois precedentes, o caso Jean-Paul Akayesu perante o Tribunal Penal Internacional ad hoc para Ruanda, que dispensou seu defensor após ser condenado e atuou em causa própria na fase final de seu julgamento, e o de Slobodan Milosevic. De acordo com a jurisprudência de Strasbourg, o acusado precisa ser assistido por um advogado sob certas circunstâncias, notadamente, quando estas possam afetar a credibilidade do julgamento. Além disso, um réu que aja sem assistência legal pode ser reponsabilizado pela falta da necessária diligência nos procedimentos e nem sempre contará com experiência em ações judiciais. Em casos excepcionais de réus teimosos que não aceitam qualquer tipo de assistência por defensor, a Corte deve nomear um *amicus curiae* (literalmente 'amigo da corte') no intuito de assegurar que a justiça não seja ofendida.

Durante a audiência, o acusado terá três opções:

- a) argüir a improcedência das acusações;
- b) impugnar as provas apresentadas pela acusação;
- c) apresentar provas.

Dessa forma, com base nas alegações e provas produzidas pela acusação e pela defesa o Juízo de Instrução decidirá se existem provas suficientes de que o acusado cometeu os crimes que lhe são imputados. De acordo com essa decisão, o Juízo de Instrução:

¹⁵² "The accused is entitled to defend himself or herself in person. There is at least two precedents, the case of Jean-Paul Akayesu before the International Criminal Tribunal for Rwanda, who fired his counsel after being convicted and acted on his own at the sentencing phase of his trial, and that of Slobodan Milosevic. According to the Strasbourg jurisprudence, the accused may be required to be assisted by a lawyer under certain circumstances, where this affect the fairness of the trial. Furthermore, a defendant who acts without legal assistance may be held responsible for a lack of due diligence in the proceedings, and may not always be able to rely on claims of inexperience, although he or she is entitled to some degree of indulgence. In rare cases of stubborn defendant who refuses all assistance by counsel, the Court might opt to appoint an *amicus curiae* (literally, 'friend of the court') in order to ensure that justice is not offended". SCHABAS, 2004, p. 147.

- a) 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;
- b) Não declarará procedente a acusação na parte relativamente à qual considerou não terem sido reunidas provas suficientes;
- c) Adiará a audiência e solicitará ao Procurador que considere a possibilidade de:
 - i) Apresentar novas provas ou efetuar novo inquérito relativamente a um determinado fato constante da acusação; ou
 - ii) Modificar parte da acusação, se as provas reunidas parecerem indicar que um crime distinto, da competência do Tribunal, foi cometido.

Em caso de não confirmação de uma acusação pelo juízo de instrução, poderá o Procurador continuar a investigar os fatos e, uma vez encontrados novos indícios, reformular a acusação.

É possível ainda que, mesmo após a confirmação das acusações, o membro do Ministério Público venha a modificá-las desde que notifique previamente o acusado e obtenha autorização da seção de instrução. Em caso de substituição das acusações por outras mais graves, deverá ser realizada uma nova audiência para que sejam confirmadas.

Por fim, existe a previsão de um “dever ético” pelo qual a acusação deve “revelar à defesa, tão logo seja possível, as provas em seu poder ou que estejam sob seu controle e que, a seu juízo, indiquem ou tendam a indicar a inocência do acusado, ou a atenuar a sua culpabilidade, ou que possam afetar a credibilidade das provas de acusação”.

Admitida a acusação, o processo e o julgamento dar-se-ão na forma dos arts. 62 a 78, estando a parte recursal prevista nos arts. 81 a 84. É interessante ressaltar que nos termos do art. 81, 1, b, pode o próprio membro do Ministério Público recorrer em favor do acusado. As obrigações das partes durante o processo são as do modelo acusatório.

O sistema processual criado pelo Estatuto de Roma consagrou um modelo de Ministério Público menos engessado ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, dando a esta entidade amplos poderes probatórios e investigativos para o desenvolvimento de suas atividades. Essa opção procedimental demonstra a tendência mundial de elastecer e fortalecer o papel do Ministério Público.

3.6 DO JULGAMENTO E DOS RECURSOS

Admitida a acusação pelo Juízo de Instrução, o processo será encaminhado para o Juízo de Julgamento em Primeira Instância que designará data para a realização de audiência de julgamento. Esta audiência será pública, porém poderá se decidir que determinadas diligências serão realizadas sigilosamente com o intuito de proteger informação de caráter confidencial ou restrito.

Iniciado o julgamento, o Juízo de Julgamento em Primeira Instância ordenará a leitura ao acusado dos fatos constantes da acusação¹⁵³ e que foram previamente confirmados pelo Juízo de Instrução. Em ato contínuo, deverá se certificar que o acusado compreendeu a natureza dos fatos que lhe são imputados, dando-lhe a oportunidade de os confessar, declarando-se culpado¹⁵⁴, ou então, de se declarar inocente.

Em caso de Confissão, deverá o Juízo em Primeira instância proceder conforme o art. 65, 1, e apurar:

¹⁵³ Conforme William Schabas (2004, p. 149): “The trial is to begin with the accused being read all charges previously confirmed by the pre-Trial Chamber. The Trial Chamber is to satisfy itself that the accused understands the nature of the charges. The accused will be asked to plead guilty or not guilty. The practice of the ad hoc tribunals has shown that it is not at all unusual for an accused to offer to plead guilty. This may be motivated by a number of factors, including a genuine feeling of remorse and contrition in the more sincere cases, and a hope that admission of guilty when conviction seems certain may result in a reduced sentence and better treatment in the more cynical cases. There were difficulties in circumscribing the rules applicable to guilty pleas because of differing philosophical approaches to the matter in the main judicial systems of national law. Under common law, a guilty plea is often the norm, obtained from an accused in exchange for commitments from the prosecutor as to the severity of the sentence and the nature of the charges. Under continental law, confession of guilty is viewed with deep suspicion and courts are expected to rule on guilty and innocence based on the evidence, irrespective of such a plea. But, on a practical level, the differences may not be so great, although there are many misconceptions on both sides about the other system’s approach to admissions of guilt. At common law, undertakings by the prosecutor do not bind the judge, who must be satisfied that there is sufficient evidence and that there is no charade or fraud on the court. But erroneous notions by some European lawyers about common law procedure resulted in the addition of a totally superfluous provision, Article 65(5), to reassure them that plea negotiations could not bind the Court. In continental systems, an admission of guilt will be a compelling factor and will almost certainly simplify the process. Thus, it is not correct to say that continental judges are indifferent to admissions of guilt and that this does not accelerate the trial”.

¹⁵⁴ Hans-Jörg Behrens (2000, p. 79), comentando a possibilidade de o acusado reconhecer a sua culpa, sustenta “no que tange ao poder do acusado admitir sua culpa, tomando como base o caso Erdemovic, os países da common law acreditam que é um mecanismo bastante evidente e que pode ser aceito no processo. A matéria foi debatida de maneira minuciosa, verificando-se que não havia diferença substancial entre o modelo proposto pela common law e aquilo que na civil law se considera como uma confissão de culpa. Em todos estes sistemas, o juiz deve checar se a admissão de culpa foi feita de maneira voluntária e com o conhecimento de suas consequências. Como consequência lógica do papel da Corte no Estatuto do Tribunal Penal Internacional admitiu-se que ela pudesse produzir as provas necessárias, mesmo na hipótese em que o acusado tivesse admitido sua culpa. Depois que dois países líderes no processo de negociação – Argentina e Canadá – propuseram a mudança do nome deste fenômeno para aquele mais neutro, ou seja, “admissão de culpa”, percebeu-se que os dois modelos em debate, na verdade, muito mais se complementavam do que se excluíam. A proposta foi aceita após uma revisão de redação e a partir de então o debate se centrou mais nos atuais conteúdos da norma do que exatamente na sua terminologia”.

- a) Se o acusado compreende a natureza e as consequências da sua confissão;
- b) Se essa confissão foi feita livremente, após devida consulta ao seu advogado de defesa; e
- c) Se a confissão é corroborada pelos fatos que resultam:
 - i) Da acusação deduzida pelo Procurador e aceita pelo acusado;
 - ii) De quaisquer meios de prova que confirmam os fatos constantes da acusação deduzida pelo Procurador e aceita pelo acusado; e
 - iii) De quaisquer outros meios de prova, tais como depoimentos de testemunhas, apresentados pelo Procurador ou pelo acusado.

Convencido de que estão reunidas as condições acima mencionadas, o Juízo de Julgamento em Primeira Instância considerará, nos termos do art. 65, 2, “que a confissão, juntamente com quaisquer provas adicionais produzidas, constitui um reconhecimento de todos os elementos essenciais constitutivos do crime pelo qual o acusado se declarou culpado e poderá condená-lo por esse crime”.

Caso o Juízo de Julgamento de Primeira Instância entenda em sentido contrário, ou seja, de que não estão reunidas as condições supramencionadas procederá nos termos do art. 65, 3, e “considerará a confissão como não tendo tido lugar e, nesse caso, ordenará que o julgamento prossiga de acordo com o procedimento comum estipulado no presente Estatuto, podendo transmitir o processo a outro Juízo de Julgamento em Primeira Instância”.

Dessa forma, o Estatuto acolheu um sistema misto que não se contenta apenas com a confissão do acusado, mas torna imprescindível a realização de determinados atos processuais para resguardar a vontade do réu, o que bem reflete a influência tanto do sistema da *commom law*, quanto do sistema romano-germânico.

Além disso, entendendo o Juízo de Primeira Instância que há a necessidade de maiores esclarecimentos sobre os fatos poderá, nos termos do art. 65, 4, solicitar que o membro do Ministério Público apresente provas adicionais, incluindo depoimentos de testemunhas, bem como determinar que o processo transcorra nos termos do procedimento comum estipulado no Estatuto, “caso em que considerará a confissão como não tendo tido lugar e poderá transmitir o processo a outro Juízo de Julgamento em Primeira Instância”

No caso de o réu se declarar inocente, o processo terá curso normal oportunizando-se às partes que produzam as provas pertinentes e respeitando-se os direitos fundamentais do acusado.

Uma prova para ser admitida no processo deve se mostrar útil e necessária, cabendo às partes apresentar as que sejam relevantes para o caso. Dispõe o art. 69, 4 que

O Tribunal poderá decidir sobre a relevância ou admissibilidade de qualquer prova, tendo em conta, entre outras coisas, o seu valor probatório e qualquer prejuízo que possa acarretar para a realização de um julgamento equitativo ou para a avaliação equitativa dos depoimentos de uma testemunha, em conformidade com o Regulamento Processual. (grifo nosso)

Ademais, cabe ao Tribunal respeitar e atender aos privilégios de confidencialidade estabelecidos nas regras de procedimento e prova, não sendo admissíveis provas obtidas com violação às normas constantes do Estatuto de Roma e às regras de direitos humanos internacionalmente reconhecidas.

Questão importante é a prevista no art. 72¹⁵⁵ que trata da proteção de informação relativa à segurança nacional.

A matéria versada neste dispositivo cuida de tema delicado, diretamente ligado ao direito do réu de conhecer de provas que possam lhe interessar e que estão em poder das autoridades, mas que, em virtude de seu conteúdo, possam colocar em risco a segurança ou os interesses nacionais¹⁵⁶.

¹⁵⁵ “1. O presente artigo aplicar-se-á a todos os casos em que a divulgação de informação ou de documentos de um Estado possa, no entender deste, afetar os interesses da sua segurança nacional. Tais casos incluem os abrangidos pelas disposições constantes dos parágrafos 2º e 3º do artigo 56, parágrafo 3º do artigo 61, parágrafo 3º do artigo 64, parágrafo 2º do artigo 67, parágrafo 6 do artigo 68, parágrafo 6 do artigo 87 e do artigo 93, assim como os que se apresentem em qualquer outra fase do processo em que uma tal divulgação possa estar em causa. 2. O presente artigo aplicar-se-á igualmente aos casos em que uma pessoa a quem tenha sido solicitada a prestação de informação ou provas, se tenha recusado a apresentá-las ou tenha entregue a questão ao Estado, invocando que tal divulgação afetaria os interesses da segurança nacional do Estado, e o Estado em causa confirme que, no seu entender, essa divulgação afetaria os interesses da sua segurança nacional. [...] 4. Se um Estado tiver conhecimento de que informações ou documentos do Estado estão a ser, ou poderão vir a ser, divulgados em qualquer fase do processo, e considerar que essa divulgação afetaria os seus interesses de segurança nacional, tal Estado terá o direito de intervir com vista a ver alcançada a resolução desta questão em conformidade com o presente artigo. [...]”

¹⁵⁶ Hans-Jörg Behrens (2000, p. 80) referindo-se às negociações em torno do artigo 72 do Estatuto de Roma observa “um outro ponto, em que as negociações foram influenciadas pelos procedimentos já previstos no tribunal para a antiga Iugoslávia, foi a proteção de informações sensíveis relativas à segurança nacional. Na decisão no caso “Blaski”, a Câmara de Apelação do tribunal para a antiga Iugoslávia reconheceu que o Estado podia legitimamente proteger a informação classificando-a como de segurança nacional. A Câmara deixou claro, no entanto, que o emprego do rótulo segurança nacional com a conseqüente retenção da informação sem dúvida alguma enfraqueceria os propósitos do tribunal. Tal precedente demonstrou que deveria haver alguma conciliação entre a proteção desta informação e a sua apresentação perante a Corte, e tal discussão deveria ter como ponto de partida a boa-fé do Estado envolvido. Tal cenário foi o responsável pelo desenvolvimento das regras previstas no art. 72 do estatuto”.

Para William Schabas¹⁵⁷,

O dispositivo que finalmente resultou no artigo 72 é longo e confuso. Sua complexidade é aumentada pelo fato que muito da sua redação foi preparada durante os trabalhos da Conferência de Roma, e não se beneficiou de anos de reflexão ocorridos no âmbito do Comitê Preparatório. A versão final difere substancialmente de vários modelos considerados pelo Comitê Preparatório. Como resultado, a linguagem utilizada traz consequências duvidosas- Donaldo K. Piragoff, um dos especialistas envolvidos na redação do Estatuto, ao comentar das ambiguidades de certos dispositivos, suavizou certamente a matéria. Basicamente, o artigo 72 não deixa determinado se certas matérias afetam ou não a segurança nacional. O dispositivo parece que prevê situações especialmente direcionadas para o Estado que deseja obstruir os trabalhos da Corte. Onde um Estado recusa um pedido de informação em seu poder, a Corte não pode determinar a sua produção. Isto se refere à não-obediência do Estado envolvido em relação à Assembléia dos Estados-partes ou ao Conselho de Segurança embora possa também retratar 'indícios probatórios'.

A parte recursal está prevista no art. 81. O Estatuto prevê como espécie recursal apenas a apelação, não fazendo distinção entre o tipo de decisão a ser atacada pelo recurso.

Assim, decisões interlocutórias e decisões definitivas são submetidas ao mesmo procedimento recursal, pelo qual o recurso só terá efeito suspensivo se o Juízo de Recursos assim o ordenar, mediante requerimento, em conformidade com o Regulamento Processual.

Tanto a acusação quanto a defesa podem recorrer com fundamento na existência de vício processual, erro de fato ou erro de direito, sendo que o Estatuto permite somente a defesa, inclusive determinando ao Ministério Público que faça no interesse do condenado, a interposição de recurso com base em *outro motivo suscetível de afetar a eqüidade ou a regularidade do processo ou da sentença*. Durante a tramitação recursal deverá o condenado permanecer preso

¹⁵⁷ "The provision that ultimately resulted, article 72, is lengthy and confusing. Its complexity is exacerbated by the fact that much of its language was concocted during the Rome Conference itself, and did not benefit from years of reflection provided by the Preparatory Committee process. The final version differs substantially from the various models considered during the Preparatory Committee phase. As a result, language is employed whose consequences are uncertain. Donaldo K. Piragoff, one of the experts involved in its drafting, speaking of the ambiguities of some of the provisions, has certainly understated the matter. Basically, Article 72 leaves determination of whether or not matters affect national security to the State itself. The provision would seem to make things rather straightforward for a State that wishes to stonewall the Court. Where a State refuses a request for information in its possession, the Court may not order production. It can only refer the non-compliance of the State concerned to the Assembly of States Parties or the Security Council although it can also draw 'evidentiary inferences'". SCHABAS, 2004, p. 154.

preventivamente, salvo decisão em contrário do Juízo de Julgamento em Primeira Instância.

Essa necessidade da prisão cautelar para o processamento do recurso não se restringe apenas à hipótese de réu condenado; vai ser aplicada também em caso de sentença absolutória, quando, em regra, deveria ser o réu posto imediatamente em liberdade, conforme o art. 81,3,C:

Em caso de absolvição, o acusado será imediatamente posto em liberdade, sem prejuízo das seguintes condições:

- i) Em circunstâncias excepcionais e tendo em conta, nomeadamente, o risco de fuga, a gravidade da infração e as probabilidades de o recurso ser julgado procedente, o Juízo de Julgamento em Primeira Instância poderá, a requerimento do Procurador, ordenar que o acusado seja mantido em regime de prisão preventiva durante a tramitação do recurso;
- ii) A decisão proferida pelo juízo de julgamento em primeira instância nos termos da subalínea i), será recorrível em harmonia com o Regulamento Processual.

A exigência de medida cautelar de carácter pessoal (Prisão) durante a tramitação dos recursos demonstra a preocupação dos idealizadores da Corte Penal Internacional em evitar que o arguido se furte à aplicação da lei penal internacional, e se insira na contramão de um direito penal garantista que tem por escopo mitigar os malefícios do cárcere.

Ademais, poderá qualquer das partes, em conformidade com o regulamento processual e com o art. 82 do Estatuto de Roma, recorrer de decisão sobre a competência ou a admissibilidade do caso; de decisão que autorize ou recuse a libertação da pessoa objeto de inquérito ou de procedimento criminal; de decisão do Juízo de Instrução de agir por iniciativa própria, nos termos do parágrafo 3º do artigo 56; e, finalmente, de decisão relativa a uma questão suscetível de afetar significativamente a tramitação eqüitativa e célere do processo ou o resultado do julgamento, e cuja resolução imediata pelo Juízo de Recursos poderia, no entender do Juízo de Instrução ou do Juízo de Julgamento em Primeira Instância, acelerar a marcha do processo.

O art. 83 cuida do procedimento a ser observado no processamento dos recursos. O dispositivo inicia afirmando que *“para os fins dos procedimentos referidos no artigo 81 e no presente artigo, o Juízo de Recursos terá todos os poderes conferidos ao Juízo de Julgamento em Primeira Instância”*.

Desse modo, dispondo o Juízo de Recursos de todos os poderes conferidos ao Juízo de Primeira Instância pode, caso conclua que os procedimentos foram realizados com vícios que afetam a regularidade da decisão ou da sentença ou, ainda, que esta foi materialmente afetada por erro de fato, erro de direito ou vício processual, determinar que seja anulada ou modificada a decisão ou a pena, bem como ordenar a realização de um novo julgamento perante um outro Juízo de Julgamento em Primeira Instância.

É facultado ao Juízo de Recursos determinar a produção de provas ou o reenvio de uma questão de fato para o Juízo de Julgamento em Primeira Instância, assim como, modificar uma sentença em virtude da desproporcionalidade entre a pena e o delito.

Em relação ao julgamento, o art. 83, 4, aponta que deve ser tomado por maioria dos juízes e proferido em audiência pública. *“O acórdão será sempre fundamentado. Não havendo unanimidade, deverá conter as opiniões da parte maioria e da minoria de juízes; contudo, qualquer juiz poderá exprimir uma opinião separada ou discordante sobre uma questão de direito”*.

É possível, pelo art. 84, que ocorra a Revisão da Sentença Condenatória ou da Pena desde que haja a descoberta de novas provas ou quando se verificar que a prova na qual se baseou a decisão era falsa, forjada ou falsificada, bem como na situação de atos praticados pelo juiz que atentem contra as suas obrigações no processo.

Segundo o art. 84, 2, o Juízo de Recursos poderá rejeitar o pedido se entender que é manifestamente infundado. Caso contrário, poderá o Juízo, se julgar pertinente convocar de novo o Juízo de Julgamento em Primeira Instância que proferiu a sentença inicial, ou constituir um novo Juízo de Julgamento em Primeira Instância; ou, por fim, manter a sua competência para conhecer da causa, a fim de determinar se, após a audição das partes no termos do Regulamento Processual, haverá lugar a revisão da sentença.

Concluindo, o art. 85 trata da possibilidade de reparação de danos a todo aquele que venha a sofrer uma prisão ilegal ordenada pela Corte, quer *“em virtude de fatos novos ou recentemente descobertos que apontem inequivocamente para um erro judiciário, art. 85, 2, ou em face de fatos que conclusivamente demonstrem a existência de erro judiciário grave e manifesto, art. 85, 3”*.

3.7 NOTAS CONCLUSIVAS

Este capítulo teve por objetivo traçar linhas gerais sobre a organização, o processo e o julgamento do novo modelo jurídico-penal que surgiu a partir do dia 17 de julho de 1998, na cidade de Roma, durante a Convenção dos Plenipotenciários das Nações Unidas.

A edificação do Estatuto de Roma foi uma conquista para o sistema de proteção dos direitos humanos, pois como leciona Flávia Piovesan¹⁵⁸:

A importância de um sistema internacional de justiça para o julgamento de graves violações de direitos humanos foi também enfatizada pelo programa de Ação de Viena de 1993, ao estabelecer, em seu §92: 'A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos recomenda que a Comissão dos Direitos Humanos examine a possibilidade de melhorar a aplicação dos instrumentos de direitos humanos existentes em níveis internacional e regional e encoraja a Comissão de Direito Internacional a continuar seus trabalhos visando ao estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional'. Note-se que a importância da criação de uma jurisdição internacional para os graves crimes contra os direitos humanos foi revigorada na década de 90, em face dos genocídios que a marcaram (vide os conflitos da Bósnia, Ruanda, Kosovo, Timor Leste, dentre outros), confirmando as previsões de Samuel P. Huntington, para quem o fim da Guerra Fria demarcaria a transição do conflito bipolarizado Leste/Oeste para a explosão de conflitos étnicos e culturais.

É fato que as normas do Estatuto reforçam a promoção e a defesa dos direitos humanos, pois criam mais uma instância apta a conhecer e punir as violações perpetradas, permitindo a responsabilização de seus autores. Entretanto, a grande questão que tem inquietado os pesquisadores e os estudiosos da matéria é saber até que ponto é possível defender os direitos humanos com base em um discurso punitivo? Ou seja, a linguagem do direito penal é, realmente, adequada ao tratamento dessas questões?

Os penalistas rechaçam a idéia. Sustentam que é impossível conceber as categorias penais, do modo como hoje são entendidas, em um plano internacional sem que ocorra grande vulneração aos seus princípios, colocando-se contrários a um poder penal internacional. Os internacionalistas e os defensores dos direitos humanos, ao contrário, festejam a criação de uma Corte Penal Internacional e a

¹⁵⁸ PIOVESAN, 2006, p. 206.

colocam como uma das maiores conquistas na luta contra a impunidade e em prol da promoção e defesa dos direitos humanos em âmbito global.

André de Carvalho Ramos¹⁵⁹, situando-se nesse segundo grupo, coloca que

Em resumo, as regras constantes do estatuto de Roma demonstram a preocupação da comunidade internacional em evitar que a impunidade dos agentes responsáveis pelas condutas tipificadas possam servir de estímulo a novas violações. Além disso, tais regras demonstram também a preocupação da comunidade internacional pelo estabelecimento de um *due process of law*, que possibilitaria a adequada investigação, processamento e condenação dos responsáveis pelos atos odiosos descritos como crimes no próprio Estatuto. Assim, não podemos reduzir o Estatuto a um conjunto de regras instituidoras de uma corte internacional permanente. Pelo contrário, desde seu preâmbulo, o Estatuto faz menção a uma missão de proteção às vítimas de graves atrocidades, que têm o direito de exigir justiça. Como estabelece o preâmbulo, os Estados reconhecem que, neste século, milhões de crianças, mulheres e homens têm sido vítimas de atrocidades inimagináveis que chocam profundamente a consciência da humanidade.

É com essas indagações que se caminha para o terceiro capítulo em que serão analisados os aspectos penais do Estatuto de Roma.

¹⁵⁹ RAMOS, 2000.

4 ASPECTOS PENAIS DO ESTATUTO DE ROMA

4.1 DOS FUNDAMENTOS DO DISCURSO PENAL DO ESTATUTO DE ROMA

Sérgio Moccia¹⁶⁰, comentando o princípio da legalidade no âmbito do Tribunal Penal Internacional, nos diz que *“o direito penal internacional representa algo diverso do direito penal, já que a problemática inerente à dinâmica das relações internacionais faz com que os institutos de direito penal cedam às exigências contingenciais”*.

Com essa afirmação, o autor aborda o ponto nevrálgico da discussão sobre o direito penal internacional, ou seja, a inserção explícita do elemento político dentro do discurso do direito penal.

Na verdade, o elemento político está na base de todo o direito e não poderia ser diferente no campo criminal; o que ocorre é que no direito penal internacional esta dimensão ganha relevo e faz com que as garantias que estão na base do direito penal nacional ganhem, aqui, outro colorido e tenham uma nova interpretação.

Em decorrência desse fato, há a necessidade de uma readaptação do discurso penalista, de estabelecer um equilíbrio entre os fins do direito penal e as exigências do direito internacional, o que o torna suscetível de críticas e abre novos horizontes de investigação.

A justiça penal internacional, impregnada desse elemento político, nasce com a missão de aplicar o direito a crimes de larga escala, ou seja, a violências que são cometidas em desrespeito à comunidade internacional e aos direitos humanos e para os quais as categorias já consolidadas do direito penal não apresentam respostas satisfatórias.

Segundo Garapon¹⁶¹,

A justiça penal, accionada para reprimir os comportamentos associas e transgressões privadas, é apanhada desprevenida quando solicitada para julgar crimes cometidos pelo poder no âmbito da execução de uma política, na maior parte dos casos com a colaboração de toda uma sociedade e a cumplicidade de um direito delinqüente.

¹⁶⁰ MOCCIA, 2004, p. 208.

¹⁶¹ GARAPON, 2002, p. 16.

Em virtude dessa dimensão, surgem alguns questionamentos jurídico-penais específicos que evidenciam essa impossibilidade de compreender o direito penal internacional com os mesmos critérios utilizados na análise do direito penal tradicional.

Um primeiro questionamento seria o fato de o Estatuto de Roma não prever medidas alternativas à utilização do direito penal, ou seja, não funciona a lógica da *última ratio*, pela qual o direito penal somente deve ser utilizado quando todas as outras formas de intervenção social falharem ou se mostraram inaptas para o tratamento do fato, ao contrário, vige a da *sola ratio*.

Para essa concepção, não existe a preocupação em estabelecer medidas prévias não punitivas, tampouco uma rede de proteção que impeça a utilização do direito penal, contentando-se o sistema, tão-somente, com a aplicação pura e simples das normas penais.

Sustenta Daniel Pastor¹⁶² que

A jurisdição penal internacional deveria ter como pressuposto de sua atuação um conjunto de políticas globais eficazes e não punitivas destinadas a prevenir os delitos internacionais por meio do desenvolvimento social, econômico e cultural equitativo de todos os povos do mundo. Não é moralmente justificável somente a globalização da função penal, enquanto a verdadeira garantia dos direitos para todos, proclamados na carta da ONU e na DUDH seguem sendo, como se disse, um conjunto de promessas não cumpridas.

Assim, o sistema penal proposto pelo Estatuto de Roma, puramente punitivo, que substitui a idéia de prevenção por castigo, vai se situar na contramão de um direito penal moderno que somente confere validade a sistemas penais *ultima ratio*.

Outro aspecto a ressaltar é que as normas do Estatuto enfatizam a necessidade de condenar, de punir, colocando em segundo plano a função primordial da jurisdição, ou seja, o ato de julgar, de entregar a prestação jurisdicional, ainda que isso signifique absolver o acusado.

¹⁶² “[...] la jurisdicción penal internacional debería tener como presupuesto de su actuación un conjunto de políticas globales eficientes y no punitivas destinadas a prevenir los delitos internacionales por medio del desarrollo social, económico y cultural equitativo de todos los pueblos del mundo. No es moralmente justificable la sola globalización de la función penal, mientras que el verdadero aseguramiento de los derechos para todos, proclamados en la Carta de la ONU y en la DUDH siguen siendo, como se ha dicho, un conjunto de promesas incumplidas”. PASTOR, 2006, p. 132.

Essa preocupação é evidente quando se analisam as disposições da Carta, a exemplo do Preâmbulo

[...]

Afirmando que os crimes de maior gravidade, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto, não devem ficar impunes e que a sua repressão deve ser efetivamente assegurada através da adoção de medidas em nível nacional e do reforço da cooperação internacional, Decididos a pôr fim à impunidade dos autores desses crimes e a contribuir assim para a prevenção de tais crimes, (grifo nosso)

[...]

Sem dúvida, esta é uma inclinação do poder penal internacional já historicamente reconhecida. Como já exposto, nos tribunais penais internacionais anteriores (Nuremberg, Tóquio, Antiga Iugoslávia e Ruanda) era clara a precariedade dos seus aspectos jurídico-penais, pelo qual buscavam fazer *justiça* desde um ponto de vista ético-material, mas solapavam os princípios do direito penal moderno. Estas Cortes, em virtude de terem sido criadas para a apuração de fatos específicos, não conseguiram escapar à predisposição de proferir juízos condenatórios.

Segundo Pastor¹⁶³,

Ademais, é inconcebível para a cultura jurídico-penal do presente a utilização de tribunais especiais *ex post facto* e a criação da Corte permanente demonstra que eles foram sem dúvida meros atos de força, pura execução de decisões mais militares ou diplomáticas que judiciais, porém que nada tem a ver nem com verdadeiros tribunais de justiça, nem com o sistema moderno do direito penal.

Este defeito genético dos tribunais *ad hoc* passou ao sistema do Estatuto de Roma, pois se cuida de um modelo planejado para pôr fim à impunidade, logo o que importa é a condenação dos acusados, pois apenas julgá-los não é suficiente.

Esta tendência a juízos condenatórios vai ter profundos reflexos sobre os direitos do acusado, notadamente, o de ser julgado por um tribunal imparcial. A imparcialidade supõe que o julgador mantenha um distanciamento dos fatos e das alegações das partes, permanecendo como um terceiro alheio. No entanto, como o

¹⁶³ “Además, es inconcebible para la cultura jurídico-penal del presente la utilización de tribunales especiales *ex post facto* y la creación de la Corte permanente demuestra que ellos fueron sin duda meros actos de fuerza, pura ejecución de decisiones más militares o diplomáticas que judiciales, pero que nada tienen que ver ni con verdaderos tribunales de justicia ni con el sistema moderno de derecho penal”. PASTOR, 2006, p. 139.

objetivo maior do tribunal é *erradicar a impunidade*, a garantia da imparcialidade cai por terra.

O Estatuto de Roma, incutido do aspecto político, promove uma expansão do direito penal, que o distancia das modernas tendências racionalistas e limitadoras da cultura jurídico-penal moderna e o aproxima do fanatismo pela punição e pelo castigo de seus acusados.

Dentro desse modelo, restabelece-se um direito penal absoluto, que professa um discurso pré-liberal, no sentido de que o poder penal não deve ser objeto de desconfiança, tampouco de limite ou de controle, mas algo que deve ser expandido mesmo que à custa de todas as garantias que fundaram e estruturaram o moderno discurso do direito penal.

Essas questões apresentadas deixam transparecer, como já dito, que não é possível compreender o discurso do direito penal internacional, e por consequência o Estatuto, somente com as categorias tradicionais do direito penal, pois o sistema penal proposto em Roma apresenta um grande número de questões a exigir desdobramentos e esclarecimentos ainda desconhecidos.

Assim, pode-se afirmar que a fundamentação do Tribunal Penal Internacional não se encontra, propriamente, dentro do discurso ordinário do direito penal, só sendo viável a partir da percepção de que os graves fatos de que cuida o direito penal internacional impõem um sistema punitivo singular, *sui generis*, que vai ter na teoria dos direitos humanos e nos conceitos de defesa e promoção desses direitos a sua base de sustentação.

Dois aspectos que bem representam as opções políticas e penais feitas na construção da Carta de Roma e que são de extrema importância para sua compreensão, referem-se aos princípios penais adotados e à competência material, os quais passam a ser objeto de consideração.

4.2 DOS PRINCÍPIOS PENAIS ADOTADOS PELO ESTATUTO DE ROMA

Os princípios são fundamentais em qualquer sistema jurídico, pois orientam o intérprete e o estudioso na compreensão da lei quando, como afirma Cassese¹⁶⁴, “a construção legal prova ser insuficiente ou inútil, e também permitem às Cortes preencher as brechas das normas escritas e costumeiras”.

O Estatuto de Roma dedica um capítulo inteiro¹⁶⁵ ao tratamento dos princípios gerais do direito penal, destacando-se o princípio da legalidade, o princípio da responsabilidade penal individual, o princípio da inimputabilidade dos menores de 18 anos, o princípio da irretroatividade, o princípio da responsabilidade de comandantes e superiores, o princípio da imprescritibilidade dos crimes de competência do Estatuto e o princípio da irrelevância da função oficial.

Alguns desses princípios já são consagrados no direito penal nacional e estão na base do próprio Estado de direito, enquanto outros, constituem resultados das práticas judiciais e da jurisprudência dos tribunais internacionais penais que antecederam o TPI.

Para Kai Ambos¹⁶⁶,

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 lógicos-objetivos (...), mas sim fórmulas de compromisso 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.

Dessa forma, optou-se por realizar uma análise dos princípios penais do Estatuto. Em um primeiro momento, serão abordados os princípios gerais que estão presentes tanto nas disposições do Estatuto, quanto nas do direito penal interno; em seguida, serão examinados os princípios específicos contemplados na carta de Roma.

¹⁶⁴ “on legal construction prove insufficient or unhelpful, and also enable courts to fill the gaps of written or unwritten norms.” CASSESE, 2003, p. 395.

¹⁶⁵ Parte III – Dos princípios gerais do direito penal: arts. 22 a 33.

¹⁶⁶ AMBOS, 2005, p. 10.

4.2.1 Dos princípios gerais de Direito Penal constantes no Estatuto

4.2.1.1 Princípio da legalidade e da não-retroatividade

Como fala Roxin¹⁶⁷, “um Estado de direito deve proteger o indivíduo não somente por intermédio do direito penal, senão também do direito penal”. Com essa afirmação, o penalista alemão sustenta que o ordenamento jurídico não deve dispor apenas de meios de prevenção do delito, mas, sobretudo, impor limites ao exercício do próprio *jus puniendi* estatal a fim de que o jurisdicionado não fique à mercê dos excessos e das arbitrariedades cometidos pelo leviatã.

Assim, o princípio da legalidade penal (*nullum crime sine lege*) surge como uma garantia do Estado de direito, pela qual uma conduta ainda que altamente nociva, prejudicial e merecedora de pena, somente poderá e deverá ser objeto de punição penal se, anteriormente, existia a previsão legal.

É um princípio que está presente em todos os códigos penais modernos e que vai se complementado pela expressão *não há pena sem lei* (*nulla poena sine lege*) que significa que, mesmo tipificada penalmente, uma conduta somente poderá ser punida se a pena prevista também estiver fixada anteriormente ao fato criminoso.

Atualmente o princípio da legalidade é reconhecido em uma série de instrumentos internacionais a exemplo da Declaração Universal dos Direitos do Homem¹⁶⁸ de 10 de Dezembro de 1948; do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos¹⁶⁹ de 16 de Dezembro de 1966; da Convenção Americana de Direitos

¹⁶⁷ ROXIN, 2003.

¹⁶⁸ Art. 11 - Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Tampouco será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

¹⁶⁹ Art. 15 - 1. Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que não constituam delito de acordo com o direito nacional ou internacional, no momento em que foram cometidos. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinqüente deverá dela beneficiar-se.

2. Nenhuma disposição do presente Pacto impedirá o julgamento ou a condenação de qualquer indivíduo por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, eram considerados delituosos de acordo com os princípios gerais de direito reconhecidos pela comunidade das nações.

Humanos¹⁷⁰ de 22 de Novembro de 1969 e da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos¹⁷¹; de 27 de Julho de 1981, entre outros textos internacionais.

Durante a Conferência dos Plenipotenciários, as disposições que trataram do princípio da legalidade foram pouco debatidas pelos delegados presentes, sendo aceites, quase na totalidade, os dispositivos que tratavam da matéria anteriormente apresentados pelo Comitê Preparatório em seu projeto de Estatuto.

Conforme William Schabas¹⁷²,

Na Conferência Diplomática houve pouco debate acerca do projeto *nullum crimen*, o qual foi adotado no art. 22 com alterações insignificantes, embora a referência aos crimes adotados em convenção fosse eliminada porque desnecessária. A afirmação da regra *nullum crimen* exclui qualquer possibilidade da Corte criminalizar condutas a partir do direito costumeiro. Isso constrangerá seus escopos e possivelmente incitará os juízes a resistirem às dinâmicas interpretações dos crimes como estabelecidos no Estatuto de Roma. Isto se choca de alguma maneira com a tendência geral dos processos internacionais atinentes aos crimes de guerra tais como sucedidos nos tribunais de Nuremberg e de Haia.

O art. 22, que trata do *nullum crime sine lege*, assinala que ninguém será penalmente responsável, em conformidade com o Estatuto, a menos que a sua conduta constitua, no momento em que ocorrer, um crime da competência da Corte. Prevê ainda a proibição da analogia ao determinar que a definição de crime será interpretada restritivamente.

Entretanto, o art. 7º, k, excepciona esta proibição, pois ao definir o que deve-se entender por crime contra a humanidade utiliza a forma genérica “outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental”, levando à seguinte pergunta: Como mediar este dispositivo com a norma que proíbe a analogia do art. 22? A resposta a esta pergunta é que, indubitavelmente, qualquer tentativa de definir estes atos desumanos violará o princípio da legalidade.

¹⁷⁰ Art.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.

¹⁷¹ Art. 7º, 2. Ninguém pode ser condenado por uma ação ou omissão que não constituía, no momento em que foi cometida, uma infração legalmente punível. Nenhuma pena pode ser prescrita se não estiver prevista no momento em que a infração foi cometida. A pena é pessoal e pode atingir apenas o delinqüente.

¹⁷² SCHABAS, 2000, p. 162.

O art. 23 contempla o princípio da *Nulla poena sine lege*, e determina que um indivíduo condenado pelo Tribunal somente poderá ser punido em conformidade com o disposto no Estatuto. Este dispositivo tem ligação com o art. 77, que trata das penas aplicáveis, e prevê como espécies punitivas a reclusão por um período que não exceda 30 anos, ou a pena de prisão perpétua quando a gravidade ou circunstâncias pessoais do acusado justifiquem, bem como a pena de multa e o sequestro do produto, dos bens ou dos haveres procedentes direta ou indiretamente do delito, resguardando-se eventuais direitos de terceiros de boa-fé.

A crítica que tem sido lançada ao Estatuto, nessa parte, é que não existe a previsão de dosimetria da pena, tampouco a previsão de circunstâncias agravantes ou atenuantes por ocasião da sentença, o que denota a grande influência do sistema da *Common law*.

Nos dizeres de Elia Patrícia Neri Guajardo¹⁷³:

Esta regulamentação do princípio *nulla poena sine lege*, tem sido criticada em virtude do Estatuto não contemplar a dosimetria das penas, tampouco circunstâncias agravantes ou atenuantes, o que recorda o sistema procedimental da *common law*. No entanto, tal como recorda Lirola Delgado, o Direito Penal Internacional se caracteriza por um regime de aplicação indireta, que implica que ainda que os tratados internacionais tipifiquem os crimes internacionais, remetem ao direito interno a aplicação das penas, razão pela qual os Estados partes se comprometem a adotar as medidas necessárias para castigar aos culpados. Em razão disso, o Estatuto da Corte, avança sobre o que é adotado na prática internacional comum, ao definir especificamente as penas aplicáveis e o prazo máximo de reclusão, ainda quando evidentemente isso não satisfaça os requisitos de certeza e restrição, do mesmo modo que nas legislações penais nacionais.

O art. 24 cuida da irretroatividade *ratione personae* pela qual ninguém será penalmente responsável, em conformidade com o presente Estatuto, por uma conduta anterior a sua entrada em vigor. Esse dispositivo é criticado por não permitir o processo e julgamento de pessoas que cometeram graves crimes internacionais

¹⁷³ “Esta reglamentación del principio *nulla poena sine lege*, há sido criticada en virtud de que el Estatuto no señala la dosimetría de las penas, ni tampoco circunstancias agravantes o atenuantes, lo que recuerda el sistema de procedimiento del *common law*. Sin Embargo, tal y como recuerda Lirola Delgado, el Derecho Penal Internacional se há caracterizado por un régimen de aplicación indirecta, que implica que si bien los tratados internacionales tipifican los crímenes internacionales, estos remiten a los derechos internos la aplicación de las penas, razón por la cual los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas necesarias para castigar a los culpables. En razón de ello, el estatuto de la Corte, va más allá de la práctica internacional común, al definir específicamente las penas aplicables y el término máximo de reclusión, aún cuando evidentemente ello no satisface los requisitos de certeza y restricción, en la misma forma que las legislaciones penales nacionales.” GUAJARDO, 2004, p. 9 et. seq.

realizados anteriormente à entrada em vigor do Estatuto, o que diminui o grau de eficiência da Corte.

Por fim, outro aspecto do princípio é determinar a aplicação da norma mais benéfica, quando ocorrer modificação do direito aplicável ao caso antes da sentença, favorecendo o réu.

4.2.1.2 Princípio da responsabilidade penal internacional individual

Responsabilizar penalmente é prática tão antiga quanto o próprio delito, mas adequar, de forma proporcional, a retribuição ao ato criminoso cometido é uma conquista do processo de racionalização que surge na modernidade.

A responsabilidade penal individual é fruto do desenvolvimento do direito penal, pelo qual os conceitos de crime e criminoso saem cada vez mais da esfera privada e passam para a pública. Se em um primeiro momento vigia a retribuição privada, que muitas vezes envolvia famílias inteiras e mesmo as comunidades a que pertenciam o agressor e o agredido, é com o desenvolvimento das concepções penais e com a afirmação do Estado como produtor de normas jurídicas que o indivíduo passa a dever obrigações por seus atos perante o Estado.

Desse modo, se em relação aos atos ilícitos praticados pelos indivíduos no âmbito estatal ocorreu a preocupação de sistematizar uma ciência, no caso a penal, que delimitasse o *jus puniendi* estatal; semelhante providência nunca foi levada a sério para coibir os genocídios, massacres, assassinatos, torturas e outras graves ofensas aos direitos humanos, praticados em larga escala, nos vários conflitos e hostilidades que envolviam os Estados. Vigorava então a idéia da inimputabilidade dos governantes.

Por essa concepção, as autoridades estatais não podiam, no exercício da soberania estatal, ser responsabilizadas por seus atos, situação que “embora profundamente arraigada na cultura política desde a mais remota antiguidade, somente tomou forma doutrinária com Maquiavel”¹⁷⁴ que afirmava “*um príncipe, e especialmente um príncipe novo, não pode observar todas as coisas a que são*

¹⁷⁴ LEWANDOWSKI, 2007.

*obrigados os homens considerados bons, sendo freqüentemente forçado, para manter o governo, a agir contra a caridade, a fé, a humanidade e a religião*¹⁷⁵.

Para o Ministro do Supremo Tribunal Federal Enrique Ricardo Lewandowski¹⁷⁶,

Essa tese ganhou contornos jurídicos na obra de Bodin intitulada *Os seis livros da República*, datada de 1576, que definia a soberania como um poder “absoluto e perpétuo do Estado” (4). Hobbes, por sua vez, levou a extremos a teoria do poder ilimitado dos reis, sustentando, em seu *Leviatã*, editado em 1651, que os homens alienaram seus direitos naturais ao soberano em troca da segurança, posto que antes da constituição do Estado viviam numa “guerra de todos contra todos” (5). Tais idéias foram ainda aperfeiçoadas pelos defensores do *direito divino dos reis*, dentre os quais Bossuet, que acreditavam que os governantes eram representantes de Deus na Terra e, como tal, só a Ele deviam satisfação por seus atos (6). A partir daí, a tese da irresponsabilidade dos governantes ganhou maior sofisticação com a *raison d’Etat* de Richelieu e a *Realpolitik* de Bismarck, que davam como legítima qualquer ação praticada em nome dos superiores interesses do Estado (7). E tal doutrina durante séculos não sofreu maiores abalos, em que pesem as barbaridades cada vez maiores praticadas nas guerras declaradas e não-declaradas que eclodiram desde os albores da Idade Moderna até os dias atuais.

Ocorre que essa lógica de não punição começa a ser contestada a partir da primeira guerra mundial, quando os aliados tentam punir o Kaiser Guilherme II, ganhando força e vitalidade após a segunda guerra mundial quando o mundo toma conhecimento da gravidade dos crimes cometidos pelos nazistas, ocorrendo a criação do Tribunal de Nuremberg.

Conforme Elia Patrícia Neri Guajardo¹⁷⁷,

É somente a partir da Primeira Guerra Mundial e, sobretudo, com a Segunda que o indivíduo é considerado sujeito ativo do direito internacional, o qual deu início a um processo de humanização que esperamos irreversível e que possa constatar-se em muitas normas jurídicas internacionais que contemplam os direitos e deveres dos indivíduos para com a comunidade internacional. Esta humanização, se deve na opinião de Rueda Fernández a que o Direito Internacional evolui para uma ordem mais comprometida com os valores humanos e mais preparada para fazer frente às graves situações de justiça que geralmente restam impunes.

¹⁷⁵ MAQUIAVEL, 2005.

¹⁷⁶ LEWANDOWSKI, 2007.

¹⁷⁷ “No es sino a partir de la Primera Guerra mundial y sobre todo de la Segunda, que el individuo es considerado sujeto activo del Derecho Internacional, lo cual dio comienzo a un proceso de humanización que esperamos irreversible y que puede constatar-se en muchas normas jurídicas internacionales que contemplan los derechos y deberes de los individuos para con la comunidad internacional. Esta humanización, se debe en opinión de Rueda Fernández a que el Derecho internacional evoluciona hacia un orden más comprometido con los valores humanos y más preparado para hacer frente a las graves situaciones de justicia que generalmente quedan impunes.” GUAJARDO, 2004, p. 09 et. seq.

A partir desse momento, não era mais aceitável juridicamente a alegação de “atos de Estado praticados no exercício da soberania” para justificar os crimes cometidos pelos governantes e demais autoridades, havendo a necessidade de se repensar o papel da responsabilidade penal internacional individual, bem como buscar novos critérios de imputação e responsabilidade.

A instituição na década de 90, pelo Conselho de Segurança da ONU, dos Tribunais ad hoc (Iugoslávia e Ruanda) acrescentou um elemento a mais na discussão sobre a responsabilidade penal no âmbito internacional, pois passou-se a considerar que esta não devia ser apurada apenas em conflitos internacionais, que ultrapassassem as fronteiras de um país, mas podia também ser extraída de conflitos internos, os quais até então não eram objeto da legislação penal internacional.

Finalmente com a criação da Corte Penal Internacional, foi estabelecido um sistema penal próprio, permanente, não seletivo, e que estabeleceu critérios objetivos para a apuração da responsabilidade penal.

Segundo a juíza da Corte Penal Internacional Sílvia Steiner¹⁷⁸,

A partir da Segunda Grande Guerra, e mais especificamente com a aprovação do Estatuto do Tribunal de Nuremberg, o conceito de responsabilidade subjetiva pela prática de crimes contra a humanidade inaugurou um novo sistema de justiça penal, pelo qual os agentes do próprio Estado, ainda que agindo sob o permissivo de suas leis nacionais, poderiam ser responsabilizados pela prática de crimes cujos resultados transcenderiam as fronteiras desse mesmo Estado, vindo a atingir bens jurídicos cuja proteção interessa a toda a comunidade internacional. Por essa nova visão, crimes como os de genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade, não podem mais ser vistos como atos de afronta às legislações penais internas, de exclusivo interesse de cada Estado. A chamada resposta punitiva internacional teria de vir, portanto, de um sistema pelo qual fossem superadas as regras de imunidade dos agentes estatais e de aplicação de pena, dentre outras, através de mecanismos supranacionais independentes, desvinculados dos mecanismos internos de cada Estado direta ou indiretamente envolvido.

É no art. 25 que o Estatuto de Roma consagra o princípio da responsabilidade criminal pessoal, prevendo que “o Tribunal terá jurisdição sobre pessoas naturais, de acordo com o presente Estatuto”.

Fica claro que o objetivo do Tribunal Penal Internacional é a apuração da responsabilidade individual de todos aqueles que cometeram os delitos previstos em sua competência, não existindo a previsão de apuração de responsabilidade de

¹⁷⁸ STEINER, 1999, p. 336 et. seq.

peçoas jurídica, apesar de tal possibilidade ter sido levantada pela França durante os trabalhos preparatórios.¹⁷⁹

Sérgio Moccia¹⁸⁰ comenta o artigo 25:

O art. 25 do Estatuto do TPI merece particular atenção porque, além de tratar de uma série de institutos da parte geral, coloca-se em claro contraste com as exigências de legalidade, permitindo, de fato, a ampliação das *fattispecie* penais. Depois de ter especificado no § 1 que o Tribunal terá jurisdição somente sobre pessoas físicas, o § 3, letra a, introduz o instituto da co-participação e da autoria mediata, pelas quais uma pessoa será penalmente responsável se cometer o crime “individualmente, ou juntamente com outra pessoa ou por meio de outra pessoa, independentemente do fato de que a outra pessoa seja penalmente responsável”. O concurso é também moral (§ 3, letra b)”ordena, solicita ou induz a comissão do crime que de fato é cometido ou tentado”. Além disso, sentiu-se a necessidade de prever também as condutas de auxílio (§ 3, letra c): “com a intenção de facilitar o cometimento de tais crimes, ajuda, é cúmplice ou de qualquer forma favorece o seu cometimento ou tentativa de cometimento, compreendido o fornecimento de meios para o cometimento”.

Assim, o art. 25, além de instituir a responsabilidade penal no âmbito internacional, aponta de que forma dar-se-á a responsabilização do acusado, cuidando dos casos de autoria, co-autoria e participação.

4.2.2 Princípios penais específicos na Carta de Roma

4.2.2.1 Inimputabilidade penal dos menores de 18 anos

O art. 26 do Estatuto de Roma cuida de estabelecer a faixa etária a partir da qual é possível a responsabilização perante a Corte Penal Internacional. Apesar de ter adotado uma fórmula simples “O Tribunal não terá jurisdição sobre menores de 18 anos de idade no momento da prática do crime”; tal dispositivo foi objeto de

¹⁷⁹ Segundo Japiassú (2004, p. 178): “No que se refere à responsabilidade penal das pessoas jurídicas, no âmbito do Tribunal Penal Internacional, embora tenha sido proposta pela França, foi rejeitada, pois o foco de atuação do futuro Tribunal deverá ser o indivíduo e não entes coletivos. Ademais, tal ideia ainda não é aceita por muitos Estados, o que dificulta a existência de padrões universais para a questão e, por consequência, a sua implementação”.

¹⁸⁰ MOCCIA, 2004.

intensa controvérsia, tendo em vista a diversidade de tratamento da questão pelos vários países em seus ordenamentos jurídicos.

Fixar a idade mínima penal não foi tarefa fácil, pois no mundo vigoram diversos entendimentos sobre o tema¹⁸¹, desde aqueles que fixam a idade penal a partir dos 07 anos, a exemplo da África do Sul, da Índia, de Bangladesh, entre outros, até países como o Brasil que a prevê aos 18 anos, mas com reflexos na legislação nacional até os 21¹⁸² anos de idade.

A questão é delicada, pois o Estatuto não desconhece que os menores de 18 anos cometem crimes de sua alçada, mas preferiu estabelecer um critério objetivo, no caso a idade biológica, a um critério subjetivo, como a maturidade do agente, o que traria grandes dificuldades para os trabalhos da Corte. Assim, o Estatuto optou pela incompetência em relação a esses agentes, deixando para os países membros a apuração dos delitos eventualmente cometidos.

Discorrendo sobre a forma como a questão foi tratada nos trabalhos preparatórios da Comissão e depois na Conferência Diplomática de Roma, esclarece o professor William Schabas¹⁸³:

O Comité ad hoc alocou a imputabilidade etária no ponto referente a mens rea, no anexo dos princípios gerais. Quando o Comité Preparatório finalizou seu relatório, em 1996, houve um amplo leque de opiniões divergentes variando de 12 a 21 anos. O relatório observou que muitas das convenções internacionais de direitos humanos proíbem a punição de menores, o que não é exatamente correto. Tratados de direitos humanos insistem no ponto da distinção do regime carcerário e, no caso da Convenção dos Direitos da Criança, há disposição de que a responsabilidade penal será estabelecida por lei. (...) O Grupo de trabalho na Conferência Diplomática acrescentou uma “solução jurisdicional”, ao prever que a Corte simplesmente não teria jurisdição sobre pessoas com menos de dezoito anos à época da prática criminosa. Áustria, Estados Unidos e Israel continuaram a argumentar que a idade deveria ser entre dezesseis e dezoito anos. Israel ponderou que a idade deveria ser equivalente àquela permitida para o recrutamento nas forças armadas.

¹⁸¹ Sobre o tema é interessante o mapa mundi da maioria penal de ampla divulgação na Internet.

¹⁸² Reflexos da menoridade penal até os 21 anos de idade são encontrados na legislação brasileira, a exemplo do art. 121 da lei 8.069/90 (ECA) que trata da medida sócio-educativa de internação, e determina a liberação do infrator será compulsória aos 21 anos de idade. Outro exemplo é encontrado no Código Penal quando estipula que deve ser contado pela metade o prazo prescricional quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21.

¹⁸³ SCHABAS, 2000, p.171.

4.2.2.2 Irrelevância de cargo ou função

Para os fins de aplicação do Estatuto é totalmente irrelevante a função ou o cargo exercido pelo acusado, estando tal regra prevista no art. 27. Em virtude desse dispositivo, restam equiparadas as condutas delitivas praticadas por qualquer soldado e as cometidas pelas mais altas autoridades quer civis, quer militares de um determinado país.

Este princípio esteve presente nas disposições dos Tribunais de Nuremberg e de Tóquio, bem como, mais recentemente, nos Tribunais ad hoc da Antiga Iugoslávia e de Ruanda, e tem por objetivo evitar a criação de imunidades ou disposições especiais que impeçam o julgamento e a punição dos acusados de maior patente.

Assim, não existe a possibilidade de que um Estado crie privilégios ou imunidades a suas autoridades, a fim de subtraí-las da competência da corte, o que vai criar problemas para que alguns Estados ratifiquem o Estatuto.

Afirma William Bourdon¹⁸⁴ que, “para alguns Estados, o artigo 27 vai complicar o processo de ratificação em razão das disposições constitucionais relativas à imunidade do chefe de Estado. Assim, na Bélgica e na Espanha, a inviolabilidade do rei cria problema”.

4.2.2.3 A responsabilidade dos comandantes e superiores

O princípio da responsabilidade de comando é previsto no art. 28. Neste dispositivo é fixada a responsabilidade que os comandantes militares (parágrafo 1º) e superiores hierárquicos (parágrafo 2º) possuem pelos atos praticados por seus subalternos.

¹⁸⁴ “pour certains États, l’article 27 va compliquer le processus de ratification en raison des dispositions constitutionnelles relatives à l’immunité du chef d’État. Ainsi, en Belgique et en Espagne, l’inviolabilité du roi pose un problème”. BOURDON; DUVERGER, 2000, p. 121.

Esta disposição esteve presente em todos os tribunais penais internacionais já instituídos¹⁸⁵, citando Rui Carlo Dissenha¹⁸⁶ que em relação aos Tribunais de Nuremberg e de Tóquio *deu azo “à criação de um caso paradigmático, o caso Yamashita¹⁸⁷, já mencionado, servindo de base jurisprudencial para todas as condenações seqüenciais posteriores, inclusive dos Tribunais ad hoc atuais”*.

Assim, os comandantes militares, por não terem exercido um controle apropriado, serão responsabilizados pelos crimes cometidos por seus comandados quando sabendo, ou devendo saber, dos delitos praticados ou prestes a serem cometidos, não tenham, nos termos do artigo 28, 1,b, “adotado todas as medidas necessárias e razoáveis no âmbito de sua competência para prevenir ou reprimir sua perpetração ou para levar o caso ao conhecimento das autoridades competentes para fins de investigação e persecução”.

Em relação ao superior hierárquico, sua responsabilização decorrerá do não exercício de um controle apropriado quando tendo conhecimento ou deixando de considerar informações de que seus subordinados cometiam ou se preparavam para cometer crimes, não adotou as medidas necessárias e razoáveis para impedir sua perpetração de forma similar às determinadas ao comandante militar.

Kai Ambos¹⁸⁸, comentando a forma como o dispositivo foi inserido no Estatuto de Roma, ensina:

Esta distinção retorna ao Estatuto de Roma por meio de uma proposta dos EUA cujo objetivo fundamental era introduzir limites subjetivos entre as responsabilidades civis e militares. Desta maneira, os comandantes militares seriam responsabilizados – de acordo com o padrão reconhecido- quando tivessem conhecimento (ou devessem saber) ou por negligência, mas os civis apenas quando tivessem conhecimento do crime. Isto não foi aceito pela maior parte das delegações que participaram das discussões informais. Uma contraproposta informal levada pela Argentina, Canadá e Alemanha clamava pela inclusão da negligência em ambos os casos. As posições conflitantes foram finalmente contornadas por meio de uma solução de compromisso tomada pela Canadá, a qual colocava a fórmula da negligência também para os civis, com a redação “coincidentemente negligencia informação que deveria (claramente) ele ou ela a concluir que em determinado período seus subordinados estavam cometendo ou estavam prestes a cometer crime[...]”. A palavra “claramente” foi inserida

¹⁸⁵ Artigo 7º, §3º do Estatuto do Tribunal para a antiga Iugoslávia; artigo. 6º, §3º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda; do Estatuto do Tribunal Militar de Nuremberg; art. do Estatuto do Tribunal Militar de Tóquio.

¹⁸⁶ DISSENHA, 2004, p. 94.

¹⁸⁷ O caso Yamashita refere-se à responsabilização do General Tomoyuki Yamashita, governador militar e comandante-chefe das forças japonesas nas Filipinas, durante a segunda guerra.

¹⁸⁸ AMBOS, 2000, p. 44.

apenas na última redação oficial. Numa versão subsequente, a redação foi simplificada estabelecendo “conscientemente deixa de dar atenção a informação que claramente indicava que os subordinados estavam cometendo ou prestes a cometer tais crimes”.

É criada com este dispositivo uma forma de responsabilização subsidiária pela qual, ocorrendo negligência no comando, deverá o comandante militar ou o superior hierárquico responder penalmente.

4.2.2.4 A imprescritibilidade dos crimes do Estatuto

Segundo o art. 29 do Estatuto, os crimes de competência do Tribunal são Imprescritíveis, o que significa dizer que os crimes contra a humanidade, de guerra e de genocídio, cometidos após a vigência do Estatuto, poderão ser processados e julgados a qualquer tempo.

É após o fim da segunda guerra mundial que a questão da prescrição dos crimes internacionais ganha relevância. Com o fim deste conflito armado, não existia a previsão nos instrumentos internacionais de norma que tratasse da prescrição, pois se acreditava que os graves crimes cometidos iriam ser julgados prontamente, sem maiores delongas.

Ocorre que os fatos não transcorreram dessa forma e, com o passar do tempo, a possibilidade de deixar impunes muitos criminosos forçou os Estados a adotar providências urgentes, que impedissem o advento da prescrição; uma delas foi prolongar o prazo interno de prescrição.

Em 1968, surge a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade que vem a consolidar, formalmente, a impossibilidade de prescrição em delitos que afetam o direito internacional. Em 1974 é a vez da Convenção Européia sobre a imprescritibilidade dos crimes contra humanidade e dos crimes de guerra.

Afirma Yann Yurovics¹⁸⁹ que

¹⁸⁹ YUROVICS, 2006, p. 200 et. seq.

A consagração da imprescritibilidade torna-se, então, objeto de uma verdadeira “corrida contra o relógio”. Desde Dezembro de 1964, o Conselho da Europa tomou a iniciativa, rapidamente seguida pela Comissão dos Direitos Humanos (21ª Seção). Esses trabalhos resultaram na consagração em 1968 da imprescritibilidade em direito internacional para os crimes de direito internacional. Contudo, grandes dificuldades surgiram: de um lado, para a repressão internacional dos crimes cometidos antes dessa data, já que, “em nenhuma das declarações solenes, atos e convenções visando à responsabilização e a repressão de crimes de guerra e de crimes contra a humanidade, foi prevista uma limitação no tempo”, de outro lado, por ocasião da transposição – ou de sua ausência-, dessa regra nos direitos internos. Na esfera interna, faz parte das obrigações internacionais do Estado assegurar a justa repressão dos crimes de direito internacional. Uma lei nacional de prescrição de tais atos é, pois, contrária ao direito internacional e não pode ser invocada pelo acusado, durante o processo internacional.

O que está na base da noção de imprescritibilidade é a necessidade de punir crimes tão odiosos e que não podem cair no esquecimento, sendo sua repressão, como afirma a Convenção sobre a Imprescritibilidade¹⁹⁰, “um elemento importante da prevenção desses crimes da proteção dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais, que encorajará a confiança, estimulará a cooperação entre os povos e irá favorecer a paz e a segurança internacionais”.

Dessa forma, o Estado brasileiro ao ratificar o Estatuto de Roma adotou, ainda que tacitamente, a imprescritibilidade para os crimes previstos no Estatuto, aumentando o rol de crimes imprescritíveis previstos no ordenamento jurídico nacional.

Por fim, como lembra Dissenha¹⁹¹

Tudo em consequência ao princípio da subsidiariedade do TPI. Primeiro porque se obrigou a punir os autores das referidas condutas. Depois porque, se entender como prescrita qualquer dessas ações típicas, dará ensejo à atuação do TPI, obrigando-se, inclusive, a entregar o acusado. Parece se tratar de assunto que merecerá discussão especial pela doutrina

¹⁹⁰ CONVENÇÃO, 2007.

¹⁹¹ DISSENHA, 2004, p. 90.

4.3 A COMPETÊNCIA MATERIAL DO ESTATUTO DE ROMA

4.3.1 Critérios para a definição da competência do Estatuto

Um dos pontos centrais de discussão durante os trabalhos na Conferência de Roma e que foi objeto de acalorados debates no Comitê Preparatório refere-se à delimitação de quais os crimes que deveriam estar sob a jurisdição da Corte Penal Internacional, ou seja, qual a sua competência material.

Definir os crimes de competência do TPI não foi tarefa fácil, pois um rol muito abrangente de delitos importaria em uma dificuldade de legitimação e afastaria a aceitação do Tribunal por vários países. Dessa maneira, a saída encontrada pelos idealizadores do Estatuto foi a tipificação de um pequeno número de figuras penais, o que deixou de fora várias condutas que afetam de forma relevante a ordem internacional¹⁹².

Como afirma Moccia¹⁹³, “toda vez que uma dada categoria de crimes contém uma dimensão política ou ideológica mais evidente, menor é o número de normas penais que figuram nos instrumentos aplicáveis.”

A opção pelos crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e de agressão, como figuras típicas a permitir a movimentação da jurisdição penal internacional, partiu da pré-existência de um amplo consenso dentro da comunidade internacional em relação à caracterização destes delitos, os quais, à exceção do delito de agressão, já figuram em instrumentos internacionais¹⁹⁴.

Dissenha¹⁹⁵, referindo-se ao fato de que o século XX foi permeado de eventos de intolerância racial e religiosa e que esses fatos propiciaram a delimitação dessas infrações, menciona:

¹⁹² Exemplo do tráfico internacional de drogas, da lavagem de dinheiro, do terrorismo, do crime organizado, do desaparecimento forçado de pessoas, do uso de armas de destruição em massa, etc.

¹⁹³ MOCCIA, 2004.

¹⁹⁴ São instrumentos internacionais que contêm disposições em relação aos delitos de competência do TPI: A Convenção de Haia de 1907, a Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio de 1948, as Convenções de Guerra de Genebra de 1949 e seus protocolos adicionais de 1977, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984, e muitos outros.

¹⁹⁵ DISSENHA, 2004.

Essa “experiência” deu subsídios para que se pudesse, especialmente depois da Segunda Guerra Mundial, quando o mundo tentava curar as feridas provocadas pelas duas Grandes Guerras, pôr em debate as condutas mais danosas à `anima mundi` e que deveriam, de uma vez por todas, restar banidos do globo. Mesmo a Guerra Fria não foi capaz de evitar essas discussões. Se, por um lado, a criação de um Tribunal penal Internacional foi protelada durante tantos anos, de outro, os encontros e colóquios, as produções doutrinárias e legislativas internas de cada país desenvolveram-se e esmeraram-se em dar contornos bem claros, harmônicos e razoavelmente homogêneos aos delitos mencionados.

Entretanto, a possibilidade de aumentar a competência da Corte não é uma hipótese remota, pois existe no Estatuto previsão legal¹⁹⁶ que permite após sete anos da entrada em vigor da Carta, ou seja, 1º de Julho de 2009, alterações do texto por iniciativa de qualquer Estado Parte. Nesse sentido, existe um amplo movimento pela inclusão, dentre outros, do terrorismo, do tráfico internacional de entorpecentes e de delitos que afetam a ordem econômica mundial, a exemplo da lavagem de dinheiro, dentro da competência do TPI.

Dentro desses delitos, é de se ressaltar o terrorismo, figura penal que tem cada vez mais destaque no cenário internacional, e que apresenta grandes obstáculos para sua caracterização. Toda essa dificuldade decorre da impossibilidade de afastar as considerações políticas que informam o seu conteúdo. Um fato que bem ilustra esse problema refere-se aos vários movimentos de libertação nacional, que ao terem se colocado em conflito com as potências colonizadoras e com os governos locais, foram taxados de terroristas, mas, posteriormente, galgaram o poder e tornaram-se partidos governantes ou mesmo participantes de negociações políticas internacionais (Congresso Nacional Africano, na África do Sul, OLP, IRA, etc.).

Para Manuel Fraga Iribarne¹⁹⁷,

¹⁹⁶ Segundo o art. 121, 1 do Estatuto “Expirado o período de sete anos após a entrada em vigor do presente Estatuto, qualquer Estado Parte poderá propor alterações ao Estatuto. O texto das propostas de alterações será submetido ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, que o comunicará sem demora a todos os Estados Partes”.

¹⁹⁷ “La debilidad de la comunidad internacional para combatir el terrorismo no tiene mejor ilustración que la manifiesta incapacidad de la propia Organización de las Naciones Unidas para encontrar una definición comúnmente aceptada de terrorismo [...], la comunidad internacional ha fracasado reiteradamente en sus intentos para alcanzar un consenso sobre la definición genérica del terrorismo, limitándose a formalizar, a partir de 1973, y superada la oposición de la Unión Soviética (uno de sus principales promotores durante la guerra fría), varios convenios particulares en lo que se concretan una série de actos individuales que toda la comunidad internacional condena, como el secuestro y sabotaje de aeronaves y el ataque a aeropuertos, la toma de rehenes, el atentado contra funcionarios o diplomáticos, o el robo y uso ilícito de materiales nucleares”. IRIBARNE, 2004, p. 164.

A debilidade da comunidade internacional para combater o terrorismo não tem melhor ilustração que a manifesta incapacidade da própria Organização das Nações Unidas para encontrar uma definição aceita de terrorismo. [...], a comunidade internacional fracassou reiteradamente em seus intentos para alcançar um consenso sobre uma definição genérica do terrorismo, limitando-se a formalizar, a partir de 1973, e superada a oposição da União Soviética (um de seus principais financiadores durante a guerra fria), vários convênios particulares nos quais se estabelecem uma série de atos individuais que toda a comunidade internacional condena, como o sequestro e sabotagem de aeronaves e o ataque a aeroportos, a tomada de reféns, o atentado contra funcionários diplomáticos, o roubo e uso ilícito de materiais nucleares.

Somente em época mais recente e, principalmente, após os atentados de 11 de Setembro de 2001 ocorridos nos EUA, é que se produziram melhoras no tratamento internacional de luta contra o terrorismo.

Dessa forma, em virtude do amplo esforço para prevenir, combater e eliminar o terrorismo como um crime internacional, foi assinada em Bridgetown, capital de Barbados, no dia 03 de junho de 2002, a Convenção Interamericana contra o Terrorismo. Na Europa, a Convenção Européia para a Repressão do Terrorismo é mais antiga, tendo sido assinada em 27 de Janeiro de 1997. É com base nesses documentos internacionais, e em seus desenvolvimentos, que se objetiva atingir o consenso mínimo a possibilitar a inclusão do terrorismo na competência da Corte Penal Internacional.

4.3.2 Crime de genocídio

O termo genocídio deve-se a Rafael Lemkin, jurista polonês, que em sua obra *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation - Analysis of Government - Proposals for Redress*, de 1944, utilizou o termo pela primeira vez. É um delito que, na sua essência, caracteriza um crime contra a humanidade, mas considerando a sua relevância e suas peculiaridades recebeu um tratamento jurídico específico.

O genocídio surge para a comunidade internacional no período imediatamente posterior à Segunda Guerra Mundial, constituindo um elemento

importante da política totalitária implementada pelo Estado nazista. No entanto, não foi uma novidade, pois ocorreram vários exemplos anteriores¹⁹⁸ na história.

Entretanto, a grande diferença entre o genocídio que se deu nesse período e os ocorridos anteriormente foi o fato de o delito fazer parte de uma política, a totalitária, que buscava exterminar a diversidade humana, encarando o ser humano como supérfluo e negando as diferenças étnicas, nacionais e culturais que são inerentes aos diversos agrupamentos humanos.

O totalitarismo é um fenômeno típico deste século que segundo Lafer¹⁹⁹

Representa uma proposta de organização da sociedade que almeja a dominação total dos indivíduos. Encarna, nesse sentido, o processo de ruptura com a tradição, pois não se trata de um regime autocrático, que em contraposição dicotômica a um regime democrático busca restringir ou abolir as liberdades públicas e as garantias individuais. Trata-se, em verdade, de um regime que não se confunde nem com a tirania, nem com o despotismo, nem com as diversas modalidades de autoritarismo, pois se esforça por eliminar, de maneira historicamente inédita, a própria espontaneidade – a mais genérica e elementar manifestação da liberdade humana. Gera, para alcançar este objetivo, o isolamento destrutivo da possibilidade de uma vida pública – que requer a ação conjunta com outros homens – e a desolação, que impede a vida privada.

Dessa forma, o genocídio aparece como um delito que decorre de um modelo totalitário de Estado que rompe com o desenvolvimento dos direitos humanos e, ao mesmo tempo, nega o respeito pela individualidade e diversidade humana.

Para Jardim²⁰⁰,

Independente dos números, que ainda permanecem em discussão, a destruição étnica apavorou a humanidade. Não é por acaso que o genocídio foi uma das principais preocupações após a Segunda Guerra Mundial,

¹⁹⁸ Ilustrando esse fato aponta Canêdo (1998, p. 81 et. seq.): “No oriente antigo, o povo derrotado na guerra sofria o destino da exterminação total. Em 146 a.c., o Senado romano pronunciou a sentença de destruição da cidade de Cartago e seu povo. Aliás, Roma foi pródiga em destruir ou tentar destruir povos ou grupos inteiros. Lembremo-nos, por exemplo, do Édito de Diocleciano contra os cristãos (302-304 d.C.). Tampouco se pode esquecer, dando um salto na História, o extermínio de grupos religiosos inteiros, judeus e, principalmente, árabes [sic], por ocasião da cruzadas na Idade Média. É importante lembrar que a religião foi freqüentemente instrumento justificador e disseminador do extermínio de povos e raças. Em 1572, foi ela outra vez pano de fundo para a matança dos Huguenotes, na famosa noite de São Bartolomeu, na França. Enquanto isso, os reis católicos exterminavam, na Espanha, judeus, mouros e protestantes. E ainda, muito antes de Hitler, o domínio colonial das potências européias sobre os povos asiáticos, africanos e americanos deu ensejo ao extermínio de populações indígenas inteiras. Finalmente, o nosso século, também antes do terceiro reich, conheceu a prática de uma política de extermínio do povo armeno, encetada pelo governo dos chamados jovens nacionalistas turcos, entre 1915 e 1918, e que avaliações cautelosas calculam em um milhão e quinhentos mil mortos”.

¹⁹⁹ LAFER, 1988, p. 117.

²⁰⁰ JARDIM, 2000, p. 20.

sendo tal animus convertido em instrumento internacional em 9 de Dezembro de 1948: 'Convenção para a Prevenção e a Sanção do Delito de Genocídio'.

A definição do crime no Estatuto de Roma (art. 6º) seguiu o que já constava na Convenção para a Prevenção e a Repressão do Delito de Genocídio, concluída em Paris, a 11 de Dezembro de 1948, por ocasião da III sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas, absorvendo uma descrição legal já discutida e devidamente amadurecida pela comunidade internacional.

Assim, o genocídio para o Estatuto será qualquer um dos atos que descreve, desde que praticado com *intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal*, no caso, homicídio; ofensas graves à integridade física ou mental do grupo; sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial; imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo; transferências forçadas de crianças de um grupo a outro.

Em decorrência desse conceito uma pergunta se sobressai, que é saber qual o número mínimo de vítimas necessárias para a caracterização do delito?

Discorrendo sobre o assunto, afirma Sunga²⁰¹:

Para alguns, este é o maior defeito por omissão que se pode encontrar na lei penal, que clama por um alto nível de precisão. De qualquer forma, a questão dos números parece ser o ponto de partida de uma premissa incorreta, a de haver pelo menos uma pessoa morta para que o crime de genocídio seja considerado como cometido. Deve-se ter em mente que a definição legal de genocídio não deve ser equiparada àquela de senso comum. O fato de a definição referir-se a qualquer um nas condições da definição empregada não significa que alguém deva morrer para que o crime seja caracterizado.

Quando o genocídio envolve grandes grupos, estando presente o elemento subjetivo, no caso, a *intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal* é indubitável a ocorrência do delito. O problema é a sua caracterização em fatos que envolvem pequenos grupos.

Cassese informa que na fase preparatória do Estatuto, cogitou-se da exclusão do delito de genocídio em relação aos ataques feitos contra pequenos grupos. No entanto, a proposta não foi aceita, sob o argumento de que não existia nada no direito costumeiro internacional que permitisse esta providência,

²⁰¹ SUNGA, 2000.

parece que a norma costumeira internacional, como prevista no art. 6º, não requer que as vítimas do genocídio sejam numerosas. A única coisa que claramente se pode inferir da disposição é que o genocídio não pode ocorrer quando existe apenas uma vítima.²⁰²

O Report of the Preparatory Commission for the international Criminal Court, sobre os elementos do crime, ao tratar desse tópico, pacificou a discussão ao estabelecer a possibilidade do genocídio para o caso do crime ser cometido contra uma ou mais pessoas²⁰³.

Um último aspecto na definição do delito de genocídio, e que é de extrema importância, refere-se à definição do elemento “uma nação, etnia, raça ou grupo religioso” previsto no tipo penal em tela.

Esses conceitos são difíceis de se estabelecer, importando em um complexo trabalho de exegese, destacando Dissenha²⁰⁴ que “são contingências com as quais se verão às voltas os acusadores e os juízos do TPI, e que demandarão análises sociológicas razoavelmente complexas para que se aponte a solução”

Assim, pode-se afirmar que a prática genocida somente será válida para os fins do Estatuto se for voltada contra um dos grupos acima mencionado, devendo esta comunidade de pessoas ser vista de forma homogênea pelo perpetrador da conduta, ou seja, que a ação por este realizada decorra da orientação religiosa, da vinculação nacional ou da origem étnica ou racial do grupo.

4.3.3 Crimes contra a humanidade

Diferentemente do delito de genocídio, que já possuía uma definição consolidada e aplicada em todo mundo, fruto de debates que transcorreram por décadas e que culminaram em convenção específica, a conceituação do que seriam os crimes contra a humanidade não apresentou maiores desdobramentos após a sua aparição formal no Estatuto de Londres que instituiu o Tribunal de Nuremberg.

²⁰² “It would seem that the customary international rule, as codified in Article 6, does not require that the victims of genocide be numerous. The only thing that can be clearly inferred from the rule is that genocide cannot be held to occur when there is only one victim”. CASSESE, 2003, p. 107.

²⁰³ ONU, 2007b.

²⁰⁴ DISSENHA, 2004.

Os crimes contra a humanidade foram definidos no art. 6º (c) da Carta do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, e no art. 5º (c) do Estatuto do tribunal de Tóquio, além de constar do *Allied Control Council Law nº10*.

Segundo estes textos legais, os crimes contra a humanidade abarcariam os atos de homicídio, extermínio, redução à condição análoga à de escravo, deportação e outros atos desumanos cometidos contra populações civis, antes ou durante a guerra, assim como perseguição por motivos políticos, raciais ou religiosos constituam ou não, tais atos, uma violação ao direito interno dos países onde tenham sido praticados, ou sejam consequência ou conexos com crimes de competência do Tribunal.

Entretanto, após os julgamentos ocorridos depois da Segunda Guerra Mundial, foi suprimida a necessidade de que esses delitos ocorressem antes ou durante um conflito armado, configurando um crime de lesa humanidade qualquer das condutas já referidas independentemente de um estado de beligerância.

Em época mais recente, os Estatutos dos Tribunais ad hoc da ex-Iugoslávia e de Ruanda previram os crimes contra a humanidade. Para o TPIY, os crimes contra a humanidade são os atos que enumera (assassinato, extermínio, escravidão, deportação, prisão, tortura, estupro, perseguições políticas, raciais ou religiosas, além de outros atos inumanos) quando *cometidos durante um conflito armado de caráter internacional ou nacional, e dirigidos contra a população civil*, reintroduzindo a necessidade de conflito armado; enquanto para o TPIR são os mesmos atos desde que *cometidos dentro de um ataque generalizado e sistemático dirigido contra uma população civil qualquer que seja, em razão de sua nacionalidade ou pertença* ²⁰⁵.

Dessa forma, não houve no seio da comunidade internacional uma unanimidade em relação ao conteúdo desses crimes, sendo que os documentos de direito internacional posteriores à Segunda Guerra esboçaram definições diversas, fato que foi acompanhado pelos Estados em suas legislações nacionais, o que importou em sérias dificuldades em sua delimitação quando da redação do Estatuto de Roma.

²⁰⁵ “El Tribunal Internacional para Ruanda está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando éstos han sido cometidos en el curso de un ataque generalizado y sistemático, y dirigidos contra cualquier población civil en razón de su nacionalidad o pertenencia a un grupo político, étnico, racial o religioso”. Art. 3º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

Como destaca Japiassú²⁰⁶,

Durante a Conferência de Roma, os debates que resultaram na adoção do art. 7º, ao contrário do que ocorrera em relação ao genocídio, foram marcados por essa falta de um texto único, que servisse de base para o que seria discutido. Somando-se a isso as divergências nacionais, o que se viu foi uma intensa negociação e diversas discordâncias. O texto, ao final aprovado, foi o resultado de um equilíbrio delicado entre os Estados.

Não obstante esses empecilhos, o que é importante perceber é que no cerne da discussão sobre esses delitos figura a idéia da *desumanização*, ou seja, no fato de que esses crimes importam em um novo patamar de criminalidade que se baseia na total perda da consideração pelo outro, da sua negação como indivíduo, do desinteresse que “revela que pode haver coisa pior do que a morte”²⁰⁷.

O crime contra a humanidade tem por finalidade fazer desaparecer qualquer relação humana, qualquer senso de humanidade, levando a mais absoluta brutalização e alienação do delinquente em relação a seus atos delituosos, os quais passam a serem entendidos não como crimes, mas como fatos normais que ocorrem em um conflito, como meros acontecimentos na implementação de um plano político.

O que diferencia o crime contra a humanidade é o fato de ser um delito cometido em nome de uma política, devendo ser levado em conta não os atos em si perpetrados, mas o contexto em que ocorre sua realização. É um crime próprio do poder de Estado ou de uma organização paraestatal.

A tipificação desse delito surge da necessidade de pôr um freio a essas condutas, pois este delito viola o *direito a ter direitos*, que é na concepção arendtiana, o primeiro dos direitos fundamentais do indivíduo. O que está em causa nesses delitos não é a moralidade, mas a política.

Traçando um paralelo entre os delitos de direitos comum e o crime contra a humanidade, nos diz Garapon²⁰⁸:

Ao invés do crime de direito comum, o crime contra a humanidade constitui-se mais pelas suas modalidades do que pelo seu resultado. Contrariamente ao crime ordinário, não se alimenta da morte física, mas da “morte antes da morte”. A desumanização que antecede a morte é de uma ordem diversa da crueldade, podendo assumir a forma de um desinteresse completo por aquele que morre totalmente abandonado e desolado. A vítima vive “a experiência da não-pertença absoluta ao mundo, uma das experiências

²⁰⁶ JAPIASSÚ, 2004, p. 237.

²⁰⁷ GARAPON, 2002.

²⁰⁸ Ibid., p. 109.

mais radicais e desesperadas do homem”. A vítima está só no mundo, mesmo quando, na verdade, partilha essa experiência com milhares de outras. A solidão moral que sente nasce com a desintegração da organização política, entendida não como dominação, mas como conjunto de juízos partilhados, como filiação numa história comum. A vítima absoluta tem o sentimento de já não pertencer a nenhum mundo político: a nenhum Estado, a nenhuma terra, nem mesmo a nenhuma família.

Assim, o crime contra a humanidade ataca a dignidade humana, pois nega a sua existência, sendo que a sua incriminação foi fruto da tomada de consciência em relação a essa violência inédita, que ultrapassou qualquer capacidade de projeção, exigindo da sociedade das nações uma resposta.

4.3.4 Crimes de guerra

O crime de guerra busca reprimir as violações ao direito internacional que ocorrem durante os conflitos bélicos, tendo por objetivo principal proteger as populações civis e todos aqueles que se enquadram na categoria de “não-combatentes” das atrocidades cometidas pelos envolvidos nos conflitos.

Para Garapon²⁰⁹,

O crime de guerra sanciona os desvarios da guerra, procurando proteger as populações civis de atrocidades infligidas por um exército vitorioso ou por uma tropa derrotada sem comando. A guerra justa é fruto de um trabalho de representação, de circunscrição da violência e, conseqüentemente, de delimitação clara de pessoas, lugares, momentos e armas. Só se pode falar de guerra quando se identifica quem luta contra quem e sob condição de se delimitar um campo de batalha e respeitar as tréguas.

A preocupação em regulamentar a guerra, em estabelecer regras em sua condução é antiga, sendo que, como afirma Melo²¹⁰, “o uso da força sempre teve uma certa regulamentação, assim no Código de Manu encontramos normas sobre prisioneiros de guerra”.

Acrescenta Japiassú²¹¹ que

²⁰⁹ GARAPON, 2002, p. 101.

²¹⁰ MELLO, 2002, p. 1457.

²¹¹ JAPIASSÚ, 2004, p. 245.

Foi a partir do século XIX que se iniciou um movimento para a regulamentação convencional da guerra. Atualmente, existem 71 instrumentos internacionais relativos a esse tema, entre 1854 e 1998, e mais outros 35 instrumentos aplicáveis. Dentre aqueles, podem ser destacados: Declaração de Paris de 1856; Convenção de Genebra de 1864 (Convenção da Cruz Vermelha); Declaração de São Petersburgo de 1868; Declaração de Bruxelas de 1874; Convenções de Haia de 1899 e 1907; Protocolo de Genebra de 1925, Convenção de Genebra de 1929; convenções de Genebra de 1949 e seus Protocolos Adicionais de 1977.

Os crimes de guerra estavam previstos na competência do Tribunal de Nuremberg, tendo sido a partir desse momento que ocorreu a internacionalização no tratamento judicial desses delitos, pois antes do julgamento na cidade alemã a lógica era que essa modalidade de ilícitos estivesse restrita apenas ao âmbito de cada Estado.

Deve-se aos esforços e à iniciativa de Henri Dunant²¹², o criador da Cruz Vermelha Internacional, o surgimento das Convenções de Genebra, tratados que definem os direitos e os deveres de pessoas, combatentes ou não, em tempo de guerra. A primeira Convenção data de 1863, tendo sido o marco de criação da Cruz Vermelha Internacional; a segunda Convenção foi escrita em 1906 e estendeu as obrigações da primeira às forças navais; a terceira Convenção é de 1929 e define o tratamento a ser dispensado aos prisioneiros de guerra; a quarta Convenção é de 1949, no período pós- segunda guerra mundial, tendo revisado as três Convenções anteriores e acrescentado uma nova relativa à proteção dos civis em tempo de guerra; posteriormente, em 1977, foram produzidos seus dois protocolos adicionais.

Os crimes de guerra foram também inseridos na competência dos Tribunais ad hoc para a antiga Iugoslávia e para Ruanda, no primeiro, no art. 2º, referente às infrações graves às Convenções de Genebra de 1949, e no art. 3º, em que trata das “violações das leis ou costumes de guerra”; no segundo no art. 4º que dispõe sobre “violações do art. 3º comum às Convenções de Genebra e ao Protocolo Adicional II”.

Houve grande celeuma durante a Conferência de Roma, por ocasião da definição dos crimes de guerra; os principais pontos debatidos foram, segundo Japiassú²¹³, *“a terminologia a ser utilizada, a determinação de quais seriam os comportamentos que deveriam ser considerados suficientemente graves para serem incluídos no Estatuto e a questão relativa à inclusão de conflitos armados internos”*.

²¹² Jean Henri Dunant (8 de Maio de 1828, Genebra - 30 de Outubro de 1910), também conhecido como Henry Dunant ou Henri Dunant, foi um homem de negócios e um filantropo que fundou a Cruz Vermelha Internacional. Recebeu, em 1901, o Prêmio Nobel da Paz.

²¹³ JAPIASSÚ, 2004, p. 248.

Superadas as divergências, o Estatuto de Roma prevê no art. 8º, de forma taxativa, os atos a serem definidos como crimes de guerra para os fins de competência do TPI. Conforme o art.8º, 1, “*O Tribunal terá competência para julgar os crimes de guerra, em particular quando cometidos como parte integrante de um plano ou de uma política ou como parte de uma prática em larga escala desse tipo de crimes*”.

Sunga²¹⁴, discorrendo sobre o dispositivo, leciona que:

A frase “em particular, cometidos como parte de uma estratégia ou política” implica que a Corte deve assumir a jurisdição apenas nos casos envolvendo um certo nível de organização e responsabilidade de cometimento de fato (não necessariamente relativa a um Estado). Por outro lado, atos que poderiam qualificar crimes de guerra de acordo com a lei humanitária internacional podem não ser inseridos na definição estatutária se cometidos em bases isoladas, sem a aprovação de uma alta autoridade em comando.

Por fim, diferenciando os crimes de guerra dos crimes contra a humanidade, salienta Dissenha²¹⁵:

[...], cumpre retomar que os crimes de guerra diferenciam-se dos crimes contra a humanidade. É bem verdade que por vezes as figuras ficam próximas, especialmente quando os crimes de guerra são cometidos contra pessoas. Todavia, o que os separa é o fato de que para os crimes de lesa-humanidade é necessário o caráter generalizado ou sistemático no seu cometimento. Aqueles não demandam este aspecto, podendo ser verificáveis dentro de um ato único ou em atos absolutamente desconexos cometidos no conflito.

4.3.5 Crime de agressão

Dentre todos os delitos que formam a competência material do Estatuto de Roma é o delito de agressão, sem dúvida, o que apresenta maior falta de clareza, de indeterminação do seu objeto. Não existe uma definição formal do que seja o delito, cingindo-se a Carta, no parágrafo 2º do artigo 5º a estabelecer que o Tribunal poderá exercer a sua competência em relação ao crime de agressão

²¹⁴ SUNGA, 2000, p. 210.

²¹⁵ DISSENHA, 2004, p. 142.

desde que, nos termos dos artigos 121 e 123, seja aprovada uma disposição em que se defina o crime e se enunciem as condições em que o Tribunal terá competência relativamente a este crime. Tal disposição deve ser compatível com as disposições pertinentes da Carta das Nações Unidas.

Sunga²¹⁶, cuidando da inclusão do delito de agressão na competência do TPI, assevera:

A decisão das Delegações na Conferência de Roma em incluir na competência da Corte o crime de agressão, de acordo com a definição acima mencionada, é significativa. Demonstra que a maioria dos Estados compartilhava da visão de que, no mundo contemporâneo, instalar um tribunal internacional apenas para julgar casos individuais de crimes de guerra ou crimes contra a humanidade, descurando da punição da beligerância em larga escala, geraria anomalia. A maior parte dos abusos surge durante conflitos armados e a omissão do crime de agressão na competência do Estatuto significaria tratar meros sintomas, ignorando as causas patológicas do problema.

Ocorre que a Carta das Nações Unidas, referida no Estatuto, não tratou do que se deve entender por agressão, deixando esse encargo para o Conselho de Segurança (art. 39 da Carta da ONU)²¹⁷ decidir.

Entretanto, na Resolução nº 3314 de 14 de Dezembro de 1974, a Assembléia Geral das Nações Unidas elaborou uma definição própria de agressão, para este órgão,

agressão é o emprego da força armada por um Estado contra a soberania, a integridade territorial ou a independência política de um outro Estado, ou de qualquer outra maneira incompatível com a Carta das Nações Unidas, da forma que se entende a partir da presente definição.

Dissenha²¹⁸, tratando dessa definição do delito de agressão, comenta

Todavia, essa definição é muito mais próxima da determinação da responsabilidade do Estado pela agressão. Por isso, não parece se adaptar muito bem ao objetivo do Tribunal de ver aplicada a lei internacional ao ato cometido pelo indivíduo, em respeito ao princípio da responsabilização penal individual no plano internacional, aplicado pelo Estatuto.

Como se pode ver a partir dessa definição, trata-se do crime com maior conteúdo político incluído na competência do Tribunal. Daí que os Estados sempre preferiram evitar uma definição exata do que fosse a espécie,

²¹⁶ SUNGA, 2000, p. 196.

²¹⁷ O Conselho de Segurança determinará a existência de qualquer ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão, e fará recomendações ou decidirá que medidas deverão ser tomadas de acordo com os Artigos 41 e 42, a fim de manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais.

²¹⁸ DISSENHA, 2004, p. 150.

justamente para que não acabassem limitados em suas ações internacionais. Aliás, as décadas de 50 e 60 representaram muito bem essa vontade política – apesar da vontade internacional de definir o crime de agressão, as guerras que se iniciavam impediam os movimentos nesse sentido.

Desse modo, da leitura do parágrafo 2º do artigo em tela, a única coisa que resta esclarecida é que qualquer definição do que seja “agressão” para os fins do Estatuto deverá estar de acordo com as disposições da Carta das Nações Unidas, e havendo menção expressa dessa incumbência ao Conselho de Segurança da ONU, caberá a este órgão definir o significado e alcance do delito de agressão para a sua aplicação pelo Tribunal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, buscar compreender a fundamentação de uma instituição como o Tribunal Penal Internacional não é tarefa das mais singelas. Inserido em um contexto mundial em que temas como a valorização e a proteção de minorias, direitos dos refugiados, conflitos étnicos, imigração, discriminação, diferenças de opinião, direitos das mulheres, dentre outros, compõem a agenda política e social dos Estados, aliado à ocorrência de delitos que afetam gravemente a ordem internacional e que promovem maciças violações aos direitos humanos, as dificuldades a serem enfrentadas pelo Tribunal são enormes.

Recentemente, no prefácio do relatório 2007 da Anistia Internacional, no qual esta entidade realiza um amplo balanço da situação dos direitos humanos no mundo, Irene Khan, Secretária Geral, enfatiza duas palavras, que a seu ver, bem retratam a situação hodierna dos direitos humanos, a liberdade e o medo. Defende esta militante que é nessa dicotomia que atualmente transita toda a discussão sobre a teoria dos direitos humanos, afirmando:

Em 1941, o presidente dos Estados Unidos, Franklin Roosevelt, expôs sua visão de uma nova ordem mundial, fundamentada sobre “quatro liberdades”: liberdade de opinião, de religião, do medo e da necessidade. Sua liderança inspiradora permitiu superar as incertezas e unir as pessoas. Hoje, muitos líderes passam por cima da liberdade e proclamam um repertório cada vez mais extenso de medos: medo de uma invasão de imigrantes; medo do “outro” e da perda de identidade; medo de ser explodido por terroristas; e medo dos “países do mal”, com suas armas de destruição em massa. O medo prospera sob lideranças míopes e covardes. Há, de fato, muitos motivos reais para se sentir medo, mas a forma como muitos líderes mundiais estão lidando com isso é distorcida. Eles promovem políticas e estratégias que corrompem o Estado de direito e os direitos humanos, aumentam as desigualdades, alimentam o racismo e a xenofobia, dividem e prejudicam as comunidades e semeiam mais violência e mais conflitos.

Nesse contexto, e em decorrência do incremento no questionamento sobre os direitos humanos, que por um lado intensifica a luta por mais liberdades e, por consequência, por mais direitos; mas por outro se vê paralisado pelo medo que tem dominado a sociedade moderna, sobretudo, no que toca à segurança e na ocorrência de delitos que afetam a ordem internacional, promovendo violências inéditas, é que discutir a fundamentação de uma instituição como o Tribunal Penal Internacional mostra-se imprescindível.

Este trabalho buscou fornecer subsídios para o debate; tratou dos antecedentes históricos e filosóficos; analisou os aspectos jurídicos do Estatuto; cuidou de instituições, como a Organização da Nações Unidas (ONU), que foram essenciais para a constituição do TPI; apresentou medidas exitosas já implementadas no âmbito internacional, como a jurisdição Gacaca em Ruanda e a legislação sobre crimes contra a humanidade editada na Bélgica, para o tratamento dos delitos de competência do Tribunal. Em suma, a dissertação objetivou ofertar ao leitor uma ampla visão das principais questões que formam e estão na base da discussão sobre a fundamentação e a viabilidade de uma justiça penal internacional.

Nesse sentido, essas linhas buscaram demonstrar que o Tribunal Penal Internacional surge como um instrumento de promoção e defesa dos direitos humanos, e não meramente como mais um órgão judicial internacional criado no âmbito da comunidade das nações; e que apesar de sua exteriorização ter sido realizada por meio do discurso penalista, isto não significou que deva se buscar a sua natureza e, por consequência, a sua fundamentação dentro dos princípios e regras que limitam este ramo jurídico; mas sim compreender o Tribunal como uma instituição que se insere dentro da teoria dos direitos humanos.

Dessa forma, defende-se aqui uma fundamentação ético-política como o alicerce sobre o qual se desenvolve a atuação da Corte Penal internacional, a qual partindo de uma perspectiva universalista e de defesa de valores universais vai ter na dignidade e no reconhecimento da pessoa humana a sua fonte de validade.

É adequada nesse momento a reflexão de Garapon²¹⁹:

Este percurso através da justiça penal internacional levou-nos a fazer uma viagem bem curiosa: partindo do crime de guerra, deu-nos conta de violências civis; partindo do plano internacional, situou-nos na política interna; partindo de uma opção penal, sensibilizou-nos para uma perspectiva reconstrutivista; partindo do direito, remeteu-nos à política; partindo da universalidade da lei, frisou a necessidade de uma função, partindo de uma justiça sobranceira e superior, mostrou as suas preferências por uma referência triangular; partindo da idéia de uma justiça internacional como um bem exterior mas comum a todos nós, esta viagem reconduziu-nos a casa. Teremos deixado pelo caminho a ambição universal da justiça penal internacional? Não, este trajecto ensinou-nos algo sobre o direito, a política e o universal.

[...]

Este itinerário levou-nos de uma concepção substancial do universal – “o que há de humano no homem” - para um universal reflexivo. Este caminho não nos fez perder de vista o universal, mas suprimiu-nos do espírito a

²¹⁹ GARAPON, 2002, p. 282.

esperança de encontrar um atalho que nos conduzisse directamente a ele por intermédio do processo penal e de uma justiça superior. Contra esta concepção simples, senão mesmo simplista, um pouco estática, mas também declaradamente arrogante, do universalismo dos direitos do homem, que camufla amiúde um etnocentrismo insidioso, essa reflexão aconselhou-nos a explorar as vias de um “universalismo complexo”. O de uma justiça enquanto tarefa infinita que recai sobre todos, governantes e governados, militantes e representantes políticos, que apela à sua liberdade, à sua imaginação, em suma, à sua responsabilidade. E essa responsabilidade inquieta-os, pois obriga-os a descentrarem-se.

REFERÊNCIAS

ALVES, J. A. Lindgren. **Atualidade retrospectiva da Conferência de Viena sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/lindgren_Viena.html>. Acesso em: 31 maio 2007.

_____. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 2003.

_____. **Os direitos humanos na pós-modernidade**. São Paulo: Perspectiva, 2005.

_____. The Balkans, nationalism and ethnic clashes. **Lua Nova**, São Paulo, n. 63, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010264452004000300002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 01 dez. 2007.

AMBOS, Kai. A construção de uma parte geral do direito penal internacional. In: AMBOS, Kai; JAPIASSU, Carlos Eduardo A. (Org.). **Tribunal Penal Internacional: Possibilidades e Desafios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. Impunidade por violação dos direitos humanos e o direito penal internacional. **RBBCCRIM**, n. 49, ano 2004, p. 74.

_____. Os princípios gerais de direito penal no Estatuto de Roma. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Org.). **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ANELLO, Carolina S. **Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: <<http://www.solidaritat.edu/observatori/dossiers/tpi/tpidossier>>. Acesso em: 03 out. 2007.

ANNAN, Kofi. **Coletiva de imprensa em Roma, no dia 11 de abril de 2002**. Disponível em: <<http://www.acat.asso.fr/campagne/cpi2.html>>. Acesso em: 21 jun. 2007.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalem**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

BARRETTO, Vicente. **Universalismo, Multiculturalismo e Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/globalizacao_dh/>

barretoglobal.html>. Acesso em: 22 jul. 2007.

BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A Justiça Penal Internacional: Sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia**. São Paulo: Manole, 2004.

BBC Brasil. **Tribunal Penal Internacional realiza 1ª audiência**. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/story/2006/11/061109_corteinternacionalubanga_tp.shtml>. Acesso em: 02 dez. 2007.

BEHRENS, Hans-Jörg. Investigação, julgamento e recurso. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Org.). **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOURDON, William; DUVERGER, Emmanuelle. **La Cour pénale internationale – Le statu de Rome**. Paris: Éditions du Seuil, 2000.

BRASIL. **Decreto nº 4388, de 25 de setembro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 02 set. 2007.

CANÊDO, Carlos. **O Genocídio como Crime Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

CASSESE, Antonio. **International Criminal Law**. New York: Oxford University Press Inc, 2003.

CHOUKR, Fauzi Hassan. O Ministério Público e o Tribunal Penal Internacional - Análise do Tratado de Roma. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Org.). **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COMPARATO, Fábio. **Fundamentos dos direitos humanos**. Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/iea/artigos/comparatodireitoshumanos.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2007.

CONVENÇÃO sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Sist_glob_trat/texto/guerra/imprescritibilidade.htm>. Acesso em: 06 dez. 2007.

CORELL, Hans. Event in April 11th. Disponível em: <<http://www.iccnw.org/documents/CorellTreatyEvent11April02.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2007.

DAMIANO, Graciela. **Justiça é vital para reconciliação em Ruanda após genocídio**. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2001/010828_racismo3.shtml>. Acesso em: 06 jun. 2007.

DESCARTES, Rene. **Discurso sobre o método**. São Paulo: Edipro, 1996.

DINIZ, Antonio Carlos de Almeida. **Teoria da Legitimidade e do Direito**: uma abordagem moderna e pós-moderna. São Paulo: Landy, 2006.

DISSENHA, Rui Carlos. **O Tribunal Penal Internacional**: Uma breve análise dos princípios penais básicos adotados pelo Estatuto de Roma. 2004. Dissertação (Mestrado), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

DONAT-CATTIN, David. Corte Penale Internazionale e Stati Uniti d'America: problemi e prospettive. **RBBCCRIM**, n. 53, ano 2005.

DONNELLY, Jack. **Universal human rights in theory and practice**. New York: Cornell University, 2003.

ESSOUNGOU, André-Michel. **Uganda põe fim à prova**. Disponível em: <http://diplo.uol.com.br/2007-07,a1540?var_recherche=ex-iugoslavia>. Acesso em: 01 dez. 2007.

_____. **Vinte anos de guerra sem fim**. Disponível em: <<http://diplo.uol.com.br/2007-07,a1539>>. Acesso em: 01 dez. 2007.

ESTATUTO para o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia. Disponível em: <<http://www.icrc.org/Web/por/sitepor0.nsf/html/5TNDHT>>. Acesso em: 20 out. 2007.

FERNANDEZ, Eusébio. **Teoria de La justicia y Derechos Humanos**. Madri: Editorial Debate, 1987.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón** – Teoria del Grantismo Penal. Madrid: Trotta, 1998.

FONSECA JR, Gelson. Aspectos da teoria de relações internacionais: notas didáticas. **Política externa**, São Paulo, v. 3, n. 3, dez. 1994.

_____. Pensando o futuro do sistema internacional. **Revista da Universidade de São Paulo**, São Paulo, n. 74, 2007.

FOURET, Loubna Farchakh. **La compétence universelle comme instrument de lutte contre l'impunité**. Disponível em: <<http://www.institut-gouvernance.org/fr/analyse/fiche-analyse-35.html>>. Acesso em: 20 jun. 2007.

GARAPON, Antoine. **Crimes que não se podem punir nem perdoar**. Lisboa: Piaget, 2002.

GOUREVITCH, Philip. **Gostaríamos de informá-lo de que amanhã seremos mortos com nossas famílias**: histórias de Ruanda. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

GUAJARDO, Elia Patrícia Neri. Algunas reflexiones en relación al principio de legalidad. **Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 48, maio-jun. 2004.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HOBSBAWM, Eric J. **A Era dos Extremos**: o breve século XX: 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. 1 v.

IRIBARNE, Manuel Fraga. El terrorismo hoy. In: MOREIRA, Adriano. **Terrorismo**. Coimbra: Almedina, 2004.

JACKSON, Robert. **Julgamento de Nuremberg**. Disponível em: <<http://www.courttv.com/archive/casefiles/nuremberg/jackson.html>>. Acesso em: 06 jun. 2007.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

JAPIASSÚ, Hilton. O Racionalismo Cartesiano. In: REZENDE, Antônio (Org.). **Curso de Filosofia**: para professores e alunos dos cursos de segundo grau e de graduação. 13. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

JARASCH, Frank. Estabelecimento, organização e financiamento do CIC e as cláusulas finais (Parte I, IV, XI a XIII). In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Org.). **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

JARDIM, Tarciso Dal Maso. **Corte criminal internacional**: consagração da pessoa humana como sujeito de direito internacional ou manutenção do *status quo* das Nações Unidas. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/import.htm>>. Acesso em: 25 jun. 2006.

_____. **O que é o Tribunal Penal Internacional** – artigos sobre o Tribunal Penal Internacional: seu papel, suas funções, suas bases jurídicas. Brasília: Câmara dos Deputados, 2000.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 1995.

_____. **Por la Paz Perpetua**. Madrid: Arias Montano, 1994.

KAUL, Hans-Peter. A Corte Internacional Criminal: A Luta Pela Sua Instalação e Seus Escopos. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Org.). **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

KERSTING, Wolfgang. **Universalismo e Direitos Humanos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

LAFER, Celso. **A ONU e os direitos humanos**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010340141995000300014&script=sci_arttext>. Acesso em: 31 maio 2007.

_____. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEOPOLDI, José Sálvio. **Rousseau – estado de natureza, o “bom selvagem” e as sociedades indígenas**. Disponível em: <http://publique.rdc.puc-rio.br/revistaalceu/media/alceu_n4_Leopoldi.pdf>. Acesso em: 10 maio 2007.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **O Tribunal Penal Internacional**: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v16n45/v16n45a12.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2007.

LOCKE, Jonh. **Segundo tratado sobre o governo e outros escritos**. São Paulo: Abril, 1995. (Os Pensadores).

LOI du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves de droit international humanitaire (avec les amendements de la loi du 10 février 1999). Disponível em: <<http://www.worldpolicy.org/globalrights/treaties/Belgique-loi.html>>. Acesso em: 20 jun. 2007

MACHADO, Maira Rocha. **Internacionalização do direito penal**: A gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena. São Paulo: Ed. 34, 2004.

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

MANDADO de Prisão de 11 de abril de 2000 (República do Congo contra Bélgica). Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8128.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2007.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

MARIAS, Julian. **Historia da filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MEDEIROS, Ana Letícia Baraúna Medeiros. **Direito Internacional dos Direitos Humanos na América Latina**: Uma reflexão filosófica da negação da alteridade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. **O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira**. Disponível em: <<http://www.neofito.com.br/artigos/>>

art01/penal126.htm>. Acesso em: 25 jun. 2006.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MELLO, Maria Chaves. **Dicionário jurídico português-inglês, inglês-português**. 6. ed. Rio de Janeiro: Barrister's, 1994.

MOCCIA, Sérgio. O Tribunal Penal Internacional: os perfis da legalidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 47, mar.-abr. 2004.

MÖLLER, José Emílio. **A Fundamentação Etico-Política dos Direitos Humanos**. Curitiba: Júrua, 2006.

NOUR, Soraya. **À Paz Perpétua e Kant**: filosofia do direito internacional e das relações internacionais. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Sobre Fundamentação**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

ONU. **Declaração dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 30 jun. 2007.

_____. **Genocide by Killings**. Disponível em: <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/724/27/PDF/N0072427.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 18 nov. 2007.

PASTOR, Daniel. **El poder penal internacional**. Un aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma. Barcelona: Atelier, 2006.

PEREZ, Daniel Omar. **Os significados dos Conceitos de Hospitalidade em Kant e a Problemática do Estrangeiro**. Disponível em: <<http://konvergencias.net/danieloperez132.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Org.). **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ROUANET, Sérgio Paulo. **Mal-estar na modernidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **O Contrato Social**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ROXIN, Claus. **Derecho penal, parte general tomo 1 fundamentos**. Madrid: Civitas, 2003.

SABÓIA, Gilberto Vergne. **A Criação do Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/tpi_saboia.html>. Acesso em: 16 jul. 2007.

SAINT-PIERRE, Abbé. **Projeto para tornar perpétua a paz na Europa**. Brasília: UnB, 2002.

SALINAS, Sérgio Samuel. **Antes da tormenta**: Origens da Segunda Guerra Mundial, 1918-1939. São Paulo: UNICAMP, 1996.

SCHABAS, William A. **An Introduction to the International Criminal Court**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

_____. Princípios Gerais de Direito Penal. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Org.). **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

STEINER, Sílvia Helena F. Tribunal Penal Internacional. **Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 28, out.-dez. 1999.

SUNGA, Lya S. A Competência Ratione Materiae da Corte Internacional Criminal. Arts 5 a 10 do estatuto de Roma. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Fabris, 2003.

YUROVICS, Yann. O Processo Internacional Penal Diante do Tempo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 61, jul.-ago. 2006.

APÊNDICE

APÊNDICE A

Sites importantes para o tema

Academia de Direito Internacional - www.hagueacademy.nl
Coalition for an International Criminal Court - www.iccnw.org
Comitê Internacional da Cruz Vermelha - www.icrc.org
Corte Internacional de Justiça - www.icj-cij.org
Corte Permanente de Arbitragem - www.pca-cpa.org
Estatuto de Roma - www.un.org/law/icc/index
Fundação Nobel - www.nobel.se
Kluwer Law International - www.kluwerlaw.com
The Avalon Project - www.yale.edu/lawweb/avalon
Famous Trials - www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/ftrials.htm
Tribunal Penal Internacional - www.icc-cpi.int
Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia - www.un.org/icty
Tribunal Penal Internacional para Ruanda - www.icttr.org
USA for the International Criminal Court - www.usaforicc.org
Victims Trust Fund Campaign - www.victimstrustfund.org
Robert H. Jackson Center - <http://www.roberthjackson.org/>

ANEXOS

ANEXO A**Da estrutura do Tribunal e da organização judiciária**

(Leila Sadat Wexler)

Judiciário	
Objetivo	Função Judiciária
Composição	18 juízes eleitos
Mandato	Juízes eleitos por um mandato de 9 anos, sem direito à recondução-
Eleição	Por voto secreto, pela absoluta maioria dos Estados-partes.
Qualificação	10 juízes com experiência em julgamentos criminais; 8 com reconhecida competência em direito internacional; moral elevada, imparcialidade e integridade.
Outros	Não poderá haver dois juízes da mesma nacionalidade.

Procuradoria (art. 12)	
Objetivo	Responsabilidade para julgar as queixas e para conduzir a persecução.
Composição	Chefiada pelo Procurador-chefe, que é auxiliado por 1 ou mais Procuradores-adjuntos, que devem substituí-lo, se necessário. Ambos devem ter diferentes nacionalidades. O Procurador-chefe deve indicar outros funcionários qualificados, se necessário. Os funcionários deverão ser submetidos a regulamento próprio, que deverá ser elaborado pelo Procurador-chefe
Mandato	5 anos (a não ser que um mandato menor seja determinado quando da eleição), podendo haver recondução.
Eleição	Por voto secreto, pela absoluta maioria dos Estados-partes
Qualificação	Moral elevada; alta competência e experiência na persecução de casos criminais. Deve ser eleito para atuar conforme a necessidade
Outros	<u>Conflitos de Interesses</u> 1) Procurador-chefe e adjunto não podem atuar em um caso que envolva pessoa de sua própria nacionalidade. <u>Escusa</u> 2) A Presidência poderá atender a pedido do Procurador-chefe ou

	do Procurador-adjunto para não atuar em determinado caso. A presidência deverá decidir tais casos.
--	--

Secretaria (art. 13)	
Objetivo	Função administrativa, responsável pelas notificações; canal de comunicações com o Estado.
Composição	Secretário e secretário-adjunto; a presidência deve indicar ou autorizar que o secretário indique outros funcionários, se necessário. Os funcionários deverão ser submetidos a regulamento próprio, que deverá ser elaborado pelo secretário
Mandato	Secretário: 5 anos, passível de recondução; Secretário Adjunto: 5 anos ou menos, conforme seja decidido.
Eleição	Secretário e Secretário-adjunto devem ser eleitos por voto secreto, pela maioria dos juízes
Qualificação	Secretário: deve ser eleito para atuar em tempo integral; Secretário-adjunto: deve ser eleito para atuar conforme a necessidade
Outros	—

Presidência	
Objetivo	Administração do tribunal; funções na fase de pré-julgamento e na de julgamento, quando as Seções não o fizerem; outras funções conferidas pelo Estatuto.
Composição	Presidente, 1º e 2º Vice-Presidentes e 2º Vice-Presidente alternados
Mandato	3 anos ou até o final do mandato
Eleição	Eleito pela maioria absoluta dos juízes
Qualificação	—
Outros	—

Organização Judiciária	
Seção de Apelação – 7 juízes (Presidente e outros 6) – art. 9º (1)	
Mandato	3 anos; se necessário, os juízes deverão prosseguir em um caso que já tenha se iniciado. Juízes podem ser reconduzidos para um segundo mandato.
Qualificação	Pelo menos três juízes deverão ter reconhecida competência em direito internacional.
Outros	Presidente do Tribunal deve também presidir a Seção de Apelação; os juízes que não sejam membros desta Seção devem atuar nas demais Seções, mas podem atuar como substitutos se qualquer membro com competência para apelação não puder julgar.
Seção de Julgamento (ad hoc) – 5 juízes- art.9º (5)	
Mandato	De acordo com o caso concreto
Qualificação	Pelo menos três juízes juízes devem ter experiência em julgamentos criminais; o presidente deve ser nomeado de acordo com as regras estabelecidas pelo Tribunal
Outros	Juízes podem ser nomeados para atuar em casos se um juiz morrer ou não puder atuar

ANEXO B
Fluxograma do Processo no TPI

(Extraído da Dissertação apresentada por José Ignácio Mendes Neto no programa de Mestrado da Universidade de São Paulo- USP)

Fase de instrução

Estados-partes (13.a, 14) ou Conselho de Segurança da ONU (13.b)
 levam *notitia criminis* ao Procurador (15)
 ou Procurador age *motu proprio* (13.c)
 analisa as informações
 arquiva e informa (15.6) ou pede autorização à Divisão de Pré-Julgamento (15.3)
 e às vítimas
 Divisão de Pré-Julgamento não autoriza
 Procurador faz novo pedido, baseado em novos fatos ou provas (15.5)
 ou Divisão de Pré-Julgamento autoriza
 Conselho de Segurança da ONU pode suspender a investigação (16)
 Procurador informa os Estados-partes que iniciou investigações (18.1)
 cede a investigação ao Estado (18.2)
 ou continua a investigar (18.2, 53.1)
 decide não iniciar ação penal (53.2)
 revisão pela Divisão de Pré-Julgamento, pelo Procurador agindo *motu proprio*, pelos Estados
 ou pelo conselho de Segurança (53.3)

Fase de inquérito

Procurador inicia ação penal (3.2)
 Procurador pede à Divisão de Pré-Julgamento mandado de prisão ou citação para comparecimento (58) ou detenção do suspeito no Estado-parte (59)
 entrega do acusado ao Tribunal (60)
 confirmação das acusações (61)
 a Divisão de Pré-Julgamento não confirma as acusações: fim do processo (61.7)
 a Divisão de Pré-Julgamento confirma as acusações: fase de julgamento (61.7)

Fase de julgamento

determinação do lugar do julgamento (62)

presença do acusado (63)

poderes da Câmara de Julgamento (64)

Rito sumário

admissão de culpa (65)

Rito ordinário

presunção de inocência (66)

direitos do acusado (67)

produção de provas (69)

proteção das vítimas e testemunhas (68)

proteção de informações relativas a segurança nacional (72)

proteção de terceiros (73)

sanções disciplinares (70)

decisão (74)

sentença (76)

reparação para as vítimas (75)