

**O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PERMANENTE E A
PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: O DEBATE SOBRE A
RATIFICAÇÃO DO TRATADO NO BRASIL EM PERSPECTIVA
COMPARADA.**

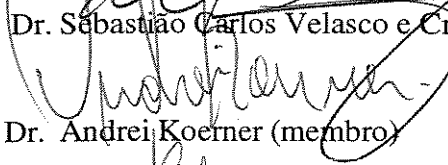
Dissertação de Mestrado apresentada ao
Departamento de Ciência Política do Instituto
de Filosofia e Ciências Humanas da
Universidade Estadual de Campinas sob a
orientação do Prof. Dr. Sebastião Carlos
Velasco e Cruz

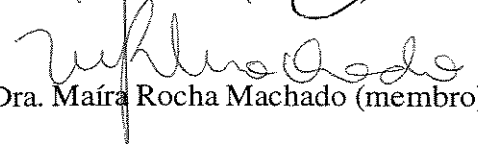
200509335

Este exemplar corresponde à redação
final da Dissertação de Mestrado
defendida e aprovada pela Comissão
Julgadora em 28 de fevereiro de 2005.

BANCA


Prof. Dr. Sebastião Carlos Velasco e Cruz (orientador)


Prof. Dr. Andrei Koerner (membro)


Profa. Dra. Maíra Rocha Machado (membro)

FEVEREIRO- 2005

UNICAMP
BIBLIOTECA CENTRAL
SEÇÃO CIRCULANTE

UNIDADE	BC
CHAMADA	T/UNICAMP
	F884t
V	EX
TOMBO BC/	63584
PROC.	16-86-05
C	☐
D	☒
PREÇO	11,00
DATA	10/05/05
Nº CPD	

Bib id. 349578

**FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA
BIBLIOTECA DO IFCH - UNICAMP**

F884t Freitas, Christiana Galvão Ferreira de
Tribunal Penal Internacional Permanente e a proteção dos
direitos humanos: o debate sobre a ratificação do tratado do Brasil
em perspectiva comparada / Christiana Galvão Ferreira de
Freitas. -- Campinas, SP : [s.n.], 2005.

Orientador: Sebastião Carlos Velasco e Cruz.
Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual de Campinas,
Instituto de Filosofia e Ciências Humanas.

1. Tribunal Penal Internacional Permanente. 2. Discussões e
debates. 3. Direitos humanos. 4. Brasil – Relações exteriores.
I. Cruz, Sebastião Carlos Velasco e. II. Universidade Estadual de
Campinas. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. III. Título.

RESUMO

A presente dissertação de mestrado trata do debate acerca da ratificação do Brasil ao Estatuto de Roma, Tratado que em 11 de abril de 2002, após atingir 60 ratificações, fundou o Tribunal Penal Internacional Permanente (TPIP). Sediado na cidade holandesa de Haya, foi criado com a finalidade precípua de proteger e defender os direitos humanos no plano internacional através do julgamento de graves crimes contra a humanidade e exercerá sua jurisdição sobre os Estados-membros do Tratado. Nossa pesquisa encontra no debate sobre a efetiva criação do Tribunal Penal Internacional Permanente como corte internacional de repressão a crimes específicos contra os direitos humanos o seu objeto de estudo. Neste sentido, nosso objetivo consiste em analisar a discussão acerca da ratificação deste tratado no Brasil em perspectiva comparada às discussões ocorrentes nos Estados Unidos da América, no Chile e na Índia. Assim, pretendemos estabelecer relações entre o debate presente no Brasil tendo como pano de fundo a discussão desta problemática no cenário internacional.

ABSTRACT

In this work, we analyze the debate about Brazil's ratification of the Statute of Rome, which in the 11th of April of 2002, after reaching 60 ratifications, founded the International Criminal Court (ICC). Hosted in the Dutch city of The Hague, it was created with the purpose of protecting and defending human rights in the international scenario through the judgment of grave crimes against humanity. The ICC will exercise his jurisdiction in the States-Members of the Treaty. Our research takes the debate about the effective creation of the Permanent International Penal Court as an international court of legal repression of specific crimes against human rights as its object of study. In this sense, our objective consists in analyzing the discussion about the ratification of this treaty in Brazil in a comparative perspective with the discussions that occurred in the United States of America, Chile and India. So, we intend to establish relations between the present debate in Brazil having as a background the discussion about this problematic in the international scenario.

SUMÁRIO

DEDICATÓRIA.....p. 13.

AGRADECIMENTOS.....p. 15.

EPÍGRAFE.....p. 21.

INTRODUÇÃO.....p. 23.

**CAPÍTULO I- ORDEM INTERNACIONAL E PROTEÇÃO JURÍDICA
DOS DIREITOS HUMANOS: O QUADRO DE REFERÊNCIA DA
INVESTIGAÇÃO ACERCA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL
PERMANENTE.....p. 27.**

**I - A VISÃO KANTIANA DE ORDEM INTERNACIONAL E A
PROPOSTA DE UM ESTADO FEDERATIVO MUNDIALp. 32.**

**II -A PROPOSTA DE CRIAÇÃO DE UM ESTADO FEDERATIVO
MUNDIAL ATRAVÉS DA UNIDADE DO DIREITO E DA PRIMAZIA
DO DIREITO INTERNACIONAL DEFENDIDA POR HANS
KELSEN.....p. 36.**

**II. I -A CRIAÇÃO DE UM TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL
PERMANENTE NO PÓS-GUERRA COMO PRIMEIRO PASSO NA
CONSTRUÇÃO DE UM ESTADO FEDERATIVO MUNDIALp. 45.**

**II.II- A CRIAÇÃO DA LIGA PERMANENTE PARA A
MANUTENÇÃO DA PAZ E A CORTE PENAL INTERNACIONAL
PERMANENTE..... p. 50.**

**II. II.I- OS FUNDAMENTOS E AS CARACTERÍSTICAS DA
CORTE PENAL INTERNACIONAL PERMANENTE PROPOSTA
POR KELSEN (1944).....p. 51.**

**II. II. II - A NATUREZA SUPRANACIONAL DA CORTE PENAL
INTERNACIONAL E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE
SOBERANA DOS ESTADOS COMO BASE DE UMA
ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA A MANUTENÇÃO
DA PAZ: UMA POSSÍVEL INCOMPATIBILIDADE?.....p.60.**

**II. II. III – O CARÁTER COMPULSÓRIO DA JURISDIÇÃO DA
CORTE E A RESPONSABILIZAÇÃO INDIVIDUAL DOS
CRIMINOSOS.....p. 66.**

**III - AS CRÍTICAS À TESE KELSENIANA FEITAS POR
ZOLO.....p.78.**

CAPÍTULO II- ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DA ORDEM INTERNACIONAL VIGENTE E O LUGAR DO TPIP DENTRO OU FORA DELA.....	p. 85.
--	---------------

CAPÍTULO III – ANTECEDENTES HISTORICOS DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PERMANENTE.....	p. 103.
---	----------------

I – OS PRIMEIROS PASSOS.....	p. 104.
-------------------------------------	----------------

II – O TRIBUNAL DE NUREMBERGUE.....	p. 106.
--	----------------

III - O TRIBUNAL MILITAR INTENACIONAL PARA O EXTREMO ORIENTE.....	p. 110.
--	----------------

IV- A EVOLUÇÃO DA JUSTIÇA PENAL INTERNACIONAL APÓS A SEGUNDA GUERRA.....	p. 114.
---	----------------

V- O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX- IUGOSLÁVIA (1993).....	p. 117.
--	----------------

VI- O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA (1994).....	p. 123.
---	----------------

CAPÍTULO IV – O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PERMANENTE (2002).....	p.127.
--	---------------

I - ALGUMAS QUESTÕES PRELIMINARES SOBRE A CRIAÇÃO DE TRIBUNAIS PENAS NO PLANO TEÓRICO.....	p. 127.
---	----------------

II - A POLÍTICA DE CONSTRUÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: A IMPORTÂNCIA DO PAPEL DAS ORGANIZAÇÕES NÃO GOVERNAMENTAIS	p. 130.
--	----------------

III- A CRIAÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PERMANENTE (2002).....	p. 137.
--	----------------

IV- O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PERMANENTE (2002): A INSTITUIÇÃO, SUAS CARACTERÍSTICAS E FORMA DE FUNCIONAMENTO.....	p. 141.
--	----------------

IV.I - JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA DO TPIP.....	p. 141.
---	----------------

IV.I.II- OS CRIMES SOB JURISDIÇÃO DO TPIP.....	p. 143
A) O CRIME DE GENOCÍDIO.....	p. 144.
B) CRIMES CONTRA A HUMANIDADE.....	p. 146.
C) CRIMES DE GUERRA.....	p. 149.
D) OUTRAS TIPIFICAÇÕES LEGAIS SOB JURISDIÇÃO DO TPIP.....	p. 152.
 IV.II - A LEGITIMIDADE DAS PARTES.....	p. 153.
 IV.III- A COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PERMANENTE.....	p. 157.
 IV. IV - O FUNCIONAMENTO DA CORTE.....	p. 162.
A) OS PRINCÍPIOS DE DIREITO PENAL E APLICAÇÃO DAS NORMAS DA CORTE.....	p. 162.
B) INVESTIGAÇÃO, JULGAMENTO E APELAÇÃO DA SENTENÇA NO TPIP.	p. 164.
 IV.V- A COOPERAÇÃO DOS ESTADOS	p. 168.
 CAPÍTULO V - O DEBATE ACERCA DA RATIFICAÇÃO DO TRATADO DO TPIP NO BRASIL.....	p. 173.
 I - A INTERAÇÃO E O EMPENHO DE REPRESENTANTES DOS PODERES LEGISLATIVO, EXECUTIVO E JUDICIÁRIO E JURISTAS, MILITANTES DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL NO DEBATE PELA RATIFICAÇÃO DO TRATADO DO TPIP.....	p. 175.
 I. I - O PROCESSO LEGISLATIVO NO PLANO POLÍTICO.....	p. 175.
A) DO PERÍODO DE 1998 A 2002.....	p. 175.
B) NO PERÍODO DE 2003 A 2004.....	p. 188.
 I. II- O PROCESSO LEGISLATIVO NO PLANO JURÍDICO NO PERÍODO DE 1998 A 2002.....	p. 195.
A) O ANTEPROJETO DE LEI DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL.....	p. 198.

B) O PROCESSO DE INCORPORAÇÃO DO TRATADO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PERMANENTE À LEGISLAÇÃO INTERNA.....	p. 201.
---	---------

II- O DEBATE SOBRE O TPIP ‘PROPRIAMENTE DITO’ OU ‘NÃO DITO, MAS PRETENDIDO’: OS DISCURSOS SOBRE AS QUESTÕES POLÊMICAS DO TPIP: CONSIDERAÇÕES ENTRE ‘O QUE É’ E O ‘QUE PARECE SER’.....	p. 206.
--	---------

A) O DEBATE NOS SEMINÁRIOS DE 1999 A 2001.....	p. 206.
--	---------

B) TRÊS FORMAS DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO PENAL.....	p. 211.
---	---------

C) QUESTOES POLÊMICAS GENÉRICAS.....	p. 212.
--------------------------------------	---------

1) O PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PERMANENTE FACE O PRINCÍPIO DA SOBERANIA NACIONAL.....	p. 212.
--	---------

2) O CONSELHO DE SEGURANÇA DA ONU.....	p. 216.
--	---------

3) A <i>CIVIL LAW</i> E A <i>COMMON LAW</i> NO ESTATUTO DE ROMA.....	p. 218.
--	---------

4) O REGIME DE COOPERAÇÃO ENTRE OS ESTADOS.....	p. 218.
---	---------

D) OS PONTOS CONTROVERTIDOS ESPECÍFICOS.....	p. 219.
--	---------

1)A ENTREGA DE NACIONAIS AO TPIP.....	p.219.
---------------------------------------	--------

2)A PRISÃO PERPÉTUA.....	p. 221.
--------------------------	---------

3)IMUNIDADES EM GERAL E FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO.....	p. 226.
--	---------

4)DUPLO JULGAMENTO PELO COMETIMENTO DE MESMO CRIME.....	p. 228.
---	---------

CAPÍTULO VI - PERSPECTIVA COMPARADA.....	p. 229.
--	---------

I- O CASO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA.....	p. 229.
--	---------

II- A CRONOLOGIA DA OPOSIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS AO TPIP: DA NÃO-RATIFICAÇÃO AOS ACORDOS BILATERAIS DE IMUNIDADES.....	p. 229.
---	---------

III- OS ACORDOS BILATERAIS DE IMUNIDADE: ADESÕES E OPOSIÇÕES.....	p. 242.
---	---------

I.III- ENTENDENDO A ESTRATÉGIA POLÍTICA ESTADO-UNIDENSE POR TRÁS DOS ACORDOS BILATERAIS.....	p. 248.
II- O CASO DA ÍNDIA: UNE-SE AOS ESTADOS UNIDOS NA OPOSIÇÃO AO TPIP.....	p. 258.
III- O CASO DO CHILE:.....	p. 265.
 CAPÍTULO VII- CONCLUSÃO.....	 p. 273.
I –ALGUMAS RESPOSTAS ÀS QUESTÕES PROPOSTAS NO PROJETO DA PESQUISA.....	p. 273.
II- AS HIPÓTESES DO PROJETO DA PESQUISA.....	p. 281.
III- ÚLTIMAS CONSIDERAÇÕES: O TPIP E SUA LEGITIMIDADE.....	p. 285.
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	 p. 291.

***Aos meus pais, José e
Maria Christina, com
todo amor.***

AGRADECIMENTOS¹

*“Moça, olha só
o que eu te escrevi,
é preciso força
pra sonhar e perceber
que a estrada vai
além do que se vê.”
Moça, Los Hermanos*

*“O livro é uma escola,
a vida é um circo,
amor: palavra que liberta,
já dizia o profeta”
Profeta Gentileza, Marisa Monte*

Agradeço em primeiro lugar aos meus pais José Garcia de Freitas Júnior e Maria Christina Galvão Ferreira de Freitas, pelo amor incondicional, carinho e cuidado de todos os dias, por toda uma vida. Ao meu pai, pelo seu olhar compreensivo; a minha mãe, por toda sua dedicação. A ambos, por serem meu exemplo de generosidade. Agradeço-os ainda mais por acreditarem que uma educação de qualidade é fundamental para uma formação mais humana e cidadã. Agradeço por acreditarem no meu potencial e me incentivarem ao longo desses anos.

Aos meus irmãos, Lucas José Galvão Garcia de Freitas e Mariana Galvão Ferreira de Freitas, por sermos verdadeiros irmãos, por nos amarmos e nos respeitarmos como deve ser em toda relação fraterna. Ao Lucas, por ser presença constante na minha vida, por dividir comigo inúmeras experiências e sentimentos que eu seria incapaz de precisar. A Mari, pelo seu doce sorriso.

Agradeço também aos “meus pais alemães”, Dieter e Maria-Anna Strege, sociólogos, que durante meu intercâmbio cultural de julho de 1996 a julho de 1997, despertaram o meu interesse pelas “Ciências Sociais”. Se não fossem às inúmeras vezes

¹ Nota Prévia: meus agradecimentos vão muito além dos acadêmicos, pois esse período dedicado à pesquisa do mestrado me remete a uma série de experiências anteriores e contemporâneas do próprio tempo da pesquisa. Assim, de toda forma, essas experiências conformam minha vida e, portanto, imprimem suas marcas neste trabalho.

que nos sentamos à mesa da cozinha para “tentar” discutir e compreender melhor as realidades sócio-culturais que nos separavam e, ao mesmo tempo, nos unia ali naquele breve espaço de tempo, certamente nada disso estaria acontecendo na minha vida agora... Enfim, a partir da convivência com eles, decidi, ao retornar ao Brasil, prestar vestibular para Ciências Sociais na Unicamp. E, desde meu ingresso em 1998 busquei me dedicar ao máximo à compreensão dessa área do conhecimento.

Com relação a esta dissertação, agradeço aos professores do Programa de Mestrado em Ciência Política da Unicamp por terem aceito meu ingresso em 2002, se interessado pelo meu trabalho e proporcionado as condições intelectuais para o seu desenvolvimento.

Agradeço ao meu orientador e professor, Sebastião Carlos Velasco e Cruz, por todo incentivo à pesquisa, em especial, a sua perspectiva comparada. Agradeço-o pela dedicação, atenção e paciência durante esses três anos. Sua confiança foi fundamental em todos os momentos do trabalho. Aproveito para registrar também nestas breves linhas minha profunda admiração por ele, não só em termos acadêmicos, mas principalmente, por sua integridade, que faz dele um intelectual ímpar.

À FAPESP, pela bolsa e por todos os outros pedidos concedidos, que tornaram possível minha dedicação integral à pesquisa. Ao meu parecerista anônimo, pelas avaliações e considerações acerca do projeto da pesquisa e dos relatórios científicos entregues a essa instituição.

Ao DAAD, Serviço Alemão de Intercâmbio Acadêmico, pela bolsa concedida para realizar o curso de idioma e cultura alemães na Albert-Ludwigs Universität em Freiburg im Breisgau em 2003, na Alemanha que, nas horas livres, me propiciou pesquisar na Universitäts Bibliothek. Lá, acabei por me deparar com uma série de artigos importantes que enriqueceram a presente pesquisa e me possibilitaram pensar outros possíveis futuros estudos.

Ao Professor João Carlos Kfourti Quartim de Moraes, por toda amizade desde que participei de um grupo de estudos sobre Marx no Centro de Estudos Marxistas (CEMARX). Agradeço pelo incentivo às traduções de textos do alemão para o português,

fato decisivo para que eu recebesse a bolsa de estudos do DAAD. Retomarei este projeto em breve. Agradeço também em especial às discussões e sugestões acerca deste trabalho.

Durante os anos do mestrado, pude contar com o apoio e a atenção dos Professores Armando Boito, Rachel Meneguello, Reginaldo Carmelo Moraes e Valeriano Mendes Ferreira da Costa. Tive também a oportunidade de discutir minha pesquisa com os Professores Paulo Sérgio da Motta Pinheiro, Guilherme de Almeida e Christoph Swinarski durante duas disciplinas ministradas por eles na Universidade de São Paulo. A eles, agradeço pelas inúmeras sugestões de leitura e pelas discussões travadas em sala sobre a proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional. Em especial, agradeço ao Professor Paulo Sérgio Pinheiro que, na qualidade de Secretário de Direitos Humanos em 2000, tornou viável minha participação em algumas reuniões do “Grupo de Trabalho: Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional Permanente” do Ministério da Justiça em Brasília, criado pelo Ministro da Justiça à época, José Gregori, para adaptar a legislação brasileira ao Estatuto do TPIP.

Agradeço aos participantes do grupo, em especial à Vice-Procuradora Geral da Justiça Militar, Dra. Adriana Lorandi, ao Cordenador do Grupo de Trabalho, atual Consultor Jurídico do Senado Federal, Prof. Dr. Tarciso Dal Maso Jardim, e à Desembargadora Sylvia Helena Steiner, atual Juíza do Tribunal Penal Internacional Permanente, pela atenção e seriedade com que me receberam naquela e em outras ocasiões e, pelas sugestões oferecidas, que em muito contribuíram para esse trabalho. Agradeço ainda mais à Dra. Adriana pela carinhosa acolhida em Brasília e pelo contato que permanece entre nós desde então.

À Coalizão de Organizações não-Governamentais pró-Tribunal Penal Internacional Permanente (CICC), em especial nas pessoas de Mariana Rodrigues Pareja, Rita Patrício e Shanta Rau que, mesmo sem saber, através da divulgação de informações, artigos e eventos acerca do TPIP, colaboraram imensamente com o desenvolvimento da pesquisa.

Ao Professor Marcos Nobre, pela disposição em me auxiliar e, efetivamente por tê-lo feito ao me apresentar à Professora Maíra Rocha Machado. A ela, pela oportunidade de discutirmos o trabalho durante nossos encontros. Agradeço a ela e ao Professor Andrei

Koerner, pelas considerações feitas à pesquisa quando de sua qualificação e, por gentilmente terem aceitado fazer parte da banca de defesa de minha dissertação de mestrado. Ao Professor Andrei, agradeço também pela oportunidade de participar das discussões do Grupo de Estudos de Política e Direito coordenado por ele na Unicamp.

Ao Júnior, da Secretaria de Pós- Graduação do IFCH, pelo auxílio burocrático e pela paciência com relação as minhas inúmeras dúvidas.

Ainda em termos acadêmicos, agradeço à Carolina Saliba, pelo interesse com que leu esse trabalho e pelo comentários elucidativos sobre Kelsen.

Ao Bruno Leão Genovese, pelos primeiros passos do que posso chamar de uma bela Convivência, todo meu carinho e profunda admiração. Pela amizade que ainda há de persistir entre nós.

À Juliana Villa Mello, Mariana de Campos França e Marília Giesbrecht D'Ottaviano, pela feliz 'coincidência' de termos dividido as salas de aula de nosso Instituto, o IFCH, desde que ingressamos no curso de Ciências Sociais em 1998. A elas, pela intensa amizade que persiste ao longo dos anos. Em especial, agradeço à Juliana pela presença constante no processo 'término da dissertação', por toda dedicação e paciência com que revisou este texto e por todas as sugestões que fez para que ele se revelasse mais objetivo.

À Alessandra Sverzut, Verônica Beer, Rosamaria Giatti Carneiro, Camila Baldissera, Pablo Rodrigo Jacinto, Bruno Pregnolato, Rodrigo Romeiro e Vinícius Cascone por todas as nossas experiências desde Belém! Saudades e muito carinho pelo nosso tempo juntos! Em especial, à Alê, à Verô, à Rosinha e ao Pablo pelo constante interesse pelo andamento dessa pesquisa, pela paciência em escutar os meus lamentos e por compreenderem a minha ausência nos últimos tempos.

À Cinthia Alonso Escobar, companheira de todas as horas, pela descoberta de novos- velhos mundos; na expectativa de novas viagens e aprendizagens.

À Marcella Beraldo de Oliveira, Juliana Ghisolfi, Cristina Carvalho Pacheco, Mariana Mei, Danilo Enrico Martuscelli, Andriei Gutierrez e Luis Gustavo de Freitas Rossi, meus amigos com quem pude dividir algumas das angústias da pesquisa, além de

outros inúmeros momentos descontraídos. À Marcella, pela oportunidade de convivência sob o mesmo teto, que tornou mais tranquilo pensar o “projeto FAPESP” e pela felicidade de termos iniciado e finalizado juntas o curso de Direitona Pontifícia Universidade Católica de Campinas, o que tornou esse tempo um tanto mais leve.

À Édna Aparecida da Silva, Marcos Novelli e Ricardo Alaggio, amigos do Centro de Estudos Internacionais e de Política Contemporânea (CEIPOC), com quem tive a oportunidade de fazer algumas disciplinas e discutir meu trabalho. À Édna, em especial pelo interesse pela temática do trabalho e por todas as sugestões bibliográficas.

Agradeço também ao Hugo Lourenço Moreira Santos, à Gabriela Lotti Alves de Sá, à Luciana Mendes Bortolotto, à Cássia Chi Bo Hing e à Juliana Egydio pela oportunidade de tê-los conhecido nesses últimos anos do curso de Direito, pela amizade e por todo apoio que me salvou em uma série de provas e trabalhos.

Ao meu quase irmão e grande amigo Tiago Inforçatti, por todo auxílio técnico nessa pesquisa e principalmente pela companhia de tererés.

Aos amigos Daniela Mariz, Vanessa Resende, Gustavo Maciel Abrantes e Fabiana Yoshinaga pelas nossas braçadas juntos na natação desde 2002. À Dani, em especial, pela força e apoio durante todos os relatórios científicos e de reserva técnica.

Ao novo mundo que pude conhecer através do Curso de Inverno na Alemanha. À intensidade das amizades que pude cultivar Brasil e Austrália afora, em especial, à Sofia Helena Gollnick, Sally Carlton, Emmily Kilham, Nina Madsen, Mateus Erthal, Glauco Jost, Carlos Dullius e Aline Botrel.

Às amigas Renata Coutinho Nogueira, Mariana Heitmann Bonon pelo nosso quarto de século juntas!!! Ao Bruno Hammad, que junto a elas, tornam minha vida ainda mais inusitada. À Mariana Vieira Alves, que mesmo distante, também mora no meu coração.

Ao Fábio Costa Sá e Silva, por todas as experiências emancipatórias que vivenciamos no Fórum Social Mundial 2005 em Porto Alegre e que encerram de maneira muito feliz esta etapa da minha vida.

“Nenhum tópico tem Estado em tanta confusão, no pensamento contemporâneo sobre os problemas internacionais, do que o relacionamento entre a política e o direito. (...)Somos conclamados a estabelecer ‘o reino do direito’, a manter ‘a ordem e o direito internacional ou a defender o direito internacional’ e presume-se que, ao agirmos dessa forma, transferiremos nossas diferenças da turbulenta atmosfera política da defesa do interesse próprio para o mais puro, o mais sereno ar de justiça imparcial.(...) Todo sistema jurídico pressupõe uma decisão política inicial, explícita ou implícita, alcançada por voto, barganha ou força, como a autoridade encarregada de fazer e desfazer as leis. Por trás de todo direito existe esse pano de fundo político necessário. A autoridade última do direito deriva da política.”

Eduard H. Carr

“O debate em curso sobre a ratificação do Tribunal Penal Internacional é importante não tanto pelas questões jurídicas e constitucionais que levanta, mas pelo que nele se revela sobre o nosso imaginário coletivo e a nossa identidade como nação, e o modo como nos apropriamos deles consoante os interesses e as circunstâncias”.

Boaventura de Sousa Santos

INTRODUÇÃO

Desde a criação do seu Estatuto, em fevereiro de 1998, até a sua efetivação, em abril de 2002, o Tribunal Penal Internacional Permanente - Corte supranacional dotada de jurisdição complementar competente para julgar graves crimes contra os direitos humanos cometidos internacionalmente - tem suscitado inúmeras discussões quanto à sua legitimidade e efetividade no âmbito da ordem internacional vigente.

Visto que o objetivo específico de nossa pesquisa é a análise do debate político-jurídico acerca da ratificação do Brasil ao Tratado do TPIP e, considerando-se que se trata de uma problemática inserida no contexto das relações internacionais, devemos tomar a ordem internacional e a proteção jurídica dos direitos humanos no plano internacional como pontos de partida para nossa pesquisa.

No primeiro capítulo, a fim de entendermos o alcance da novidade representada pelo Tribunal Penal Internacional Permanente e a natureza das questões que ele levanta, partiremos da análise de Hedley Bull sobre a ordem internacional na sociedade contemporânea. Mencionaremos as três visões de ordem internacional abordadas por Bull, a saber, a visão hobbesiana, a grotiana e a kantiana, enfatizando as disputas entre elas no tocante à configuração da ordem internacional vigente. Trataremos de forma minuciosa da visão kantiana de ordem mundial cosmopolita, que inspirou Hans Kelsen na elaboração da proposta de uma Corte Penal Supranacional no pós 2ª Guerra Mundial, como sendo o primeiro passo na construção de um governo mundial.

Seguindo essa linha de pensamento, o segundo capítulo é composto de considerações acerca da posição do TPIP face à ordem internacional vigente, atentando para algumas questões que essa iniciativa suscita no plano das relações internacionais.

Ao discutirmos por um lado, o pano de fundo do nosso objeto de pesquisa e, por outro, as limitações da ordem político-jurídica internacional, pensamos tornar evidente a controvérsia entorno do tema. Tendo em vista a especificidade de nosso objeto, consideramos que a discussão sobre os modelos de ordem internacional em disputa é imprescindível para tentarmos analisar e compreender o debate que se faz acerca do tema, tanto no âmbito internacional quanto no nacional.

O terceiro capítulo é dedicado aos antecedentes históricos do Tribunal Penal Internacional Permanente. Ao tratar historicamente da internacionalização da justiça penal ao longo do século XX, pretendemos elucidar como esse processo resultou na efetiva criação de um Tribunal Penal Internacional Permanente. Assim, num primeiro momento, tratamos dos Tribunais Militares de Nurembergue e Tóquio criados após a 2ª Guerra Mundial. A seguir, tecemos algumas considerações sobre os Tribunais *ad hoc* para Ex-Iugoslávia e Ruanda, com o fim da Guerra Fria.

Dedicamos o quarto capítulo desse trabalho à criação do Tribunal Penal Internacional conferindo especial atenção às características da organização e do funcionamento dessa instituição.

O quinto capítulo refere-se à análise do debate político-jurídico acerca da ratificação do Tratado do TPIP realizado no Brasil de 1998 a 2003. Nesta seção, trataremos das questões polêmicas, genéricas e específicas, que a efetivação do Tribunal Penal Internacional suscita no plano nacional.

A perspectiva comparada de nossa investigação é o tema do sexto capítulo. Aqui realizamos uma análise comparativa do debate acerca da ratificação do Tratado do TPIP nos Estados Unidos da América, na Índia e no Chile.

Concluimos nosso trabalho no sétimo capítulo, no qual apresentamos os resultados finais da pesquisa. Nesta parte revelamos algumas possíveis respostas às questões e às hipóteses formuladas em nosso projeto inicial.

CAPÍTULO I - ORDEM INTERNACIONAL E PROTEÇÃO JURÍDICA DOS DIREITOS HUMANOS: O QUADRO DE REFERÊNCIA DA INVESTIGAÇÃO ACERCA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PERMANENTE

Em sua investigação sobre a natureza da ordem na política mundial, Hedley Bull chama de ordem internacional a ordem de uma sociedade de Estados, ou seja, de uma sociedade internacional. Para ele, esta sociedade internacional existe

quando um grupo de Estados, conscientes de certos valores e interesses comuns, formam uma sociedade, no sentido de se considerarem ligados, no seu relacionamento, por um conjunto comum de regras e participam de instituições comuns.²

Nesse sentido, a ordem internacional é definida como *“um padrão de atividades que sustenta os objetivos elementares ou primários da sociedade dos Estados, ou sociedade internacional”*.³

Bull diferencia a ordem internacional da sociedade de Estados da chamada ordem mundial definindo esta como *“aqueles padrões ou disposições da atividade humana que sustentam os objetivos elementares ou primários da vida social entre a humanidade como um todo”*.⁴ Dessa maneira, Bull pensa a ordem mundial não apenas como sendo mais abrangente que a internacional - visto que aquela abarca tanto a ordem doméstica existente dentro dos Estados particulares como também a ordem do sistema político mais abrangente, do qual o sistema de Estados configura apenas uma parte, como também mais fundamental e primordial, porque em última instância, a unidade da sociedade de toda a humanidade não são os Estados, mas sim os seres humanos individuais. Portanto,

² Tradução livre de “when a group of states, conscious of certain common interests and common values, form a society in the sense that they conceive themselves to be bound by a common set of rules in their relations with one another, and share in the working of common institutions”. BULL, Hedley, *The Anarchical Society*, Oxford Press, 1977, p.13. (T. A.).

³ Tradução livre de “a pattern of activity that sustains elementary or primary goals of the society of states, or international society”. Idem, p.9. (T. A.).

⁴ Tradução livre de “those patterns or dispositions of human activity that sustain the elementary or primary goals of social life among mankind as a whole.” Ibidem, p. 20. (T. A.).

se há algum valor na ordem na política mundial, é a ordem em toda a humanidade que precisamos considerar com tendo valor primordial, não a ordem dentro da sociedade dos Estados. Se a ordem internacional tem algum valor, isto só pode ocorrer porque ela é um instrumento orientado para atingir a meta maior, da ordem da sociedade humana como um todo.⁵

Assim, se a ordem internacional da sociedade de Estados tem como função principal preservar o sistema da sociedade de Estados através da manutenção da independência ou da soberania externa dos Estados individuais com o fim de evitar a guerra e atingir a paz, essa ordem só tem valor na medida em que é um meio para se atingir a ordem na sociedade de toda a humanidade.

Ao analisar a realidade do sistema internacional moderno, Bull se coloca a seguinte questão: a idéia de sociedade internacional corresponde efetivamente à realidade do sistema internacional moderno?

Para ele, a sociedade vista como parte sempre esteve e continua presente no sistema internacional moderno. Contudo, ela é apenas um dos elementos deste sistema e, por vezes, sua sobrevivência se dá de forma bastante precária. Neste sentido, Bull afirma que

de fato, o sistema internacional moderno reflete todos os três elementos singularizados respectivamente pelas tradições hobbesiana, kantiana e grociana: o elemento da guerra e da disputa pelo poder entre os Estados, o elemento da solidariedade transnacional e do conflito ultrapassando as fronteiras dos Estados, e o elemento da cooperação e do intercâmbio regulado entre os Estados.⁶

A primeira, de tradição realista, considera a política internacional como um Estado de guerra. De acordo com esta visão, as relações internacionais entre os Estados

⁵Tradução livre de “ *if any value attaches to order in world politics, it is order among all mankind which we must treat as being primary value, not order in the society of states. If international order does have a value, this can only be because it is instrumental to the goal of order in human society as a whole*”. Ibidem, p.22. (T. A.).

⁶Tradução livre de “*the modern international system in fact reflects all three of the elements singled out, respectively, by the Hobbesian, the Kantian and the Grotian traditions: the element of war and struggle for power among states, the element of transnational solidarity and conflict cutting across the divisions among states, and the element of co-operation and regulated intercourse among states*”. Ibidem, p.41.(T. A.).

são conflituosas porque os interesses de um excluem os do outro. Assim, o Estado é livre para lutar por seus objetivos, estando isento de restrições morais ou legais. A moralidade e a legalidade estão inseridas na sociedade, contudo a vida internacional está para além desta.

Já a visão kantiana, de tradição universalista, enxerga na política mundial a construção de uma sociedade de indivíduos transnacionais (uma comunidade de toda a humanidade). As relações internacionais são mais que relações entre Estados, são relações entre todos os indivíduos da humanidade. O interesse de todos os homens é único e é o mesmo. Há um imperativo moral que determina as relações internacionais. A comunidade de toda humanidade é objeto do mais alto esforço moral.

Por último, a visão grotiana, de tradição internacional, vê a política mundial inserida numa comunidade mundial. Trata a política internacional nos termos de uma sociedade de Estados ou de uma sociedade internacional. As relações são limitadas por regras e instituições comuns. Assim como Hobbes, Grotius atribui às soberanias ou aos Estados o papel principal nas relações internacionais, contudo diferentemente dele, não considera a política internacional um completo conflito de interesses, mas sim um campo de negociações. Há imperativos morais e legais, segundo os quais às relações internacionais se regem.

Apesar da sociedade internacional ter estado e ainda permanecer presente no sistema internacional moderno, *“um desses três elementos pode predominar sobre os outros em diferentes fases históricas do sistema de Estados, em distintos espaços*

*geográficos de suas operações e nas políticas adotadas por diferentes Estados e estadistas”.*⁷

Primeiramente, a manutenção da ordem na sociedade internacional se dá através da criação de um interesse comum por parte dos Estados: o de atingir os objetivos elementares da vida social. Para que a ordem seja mantida, é necessário criar certas regras de convivência que venham a ser socialmente efetivadas. Desse modo, a função das regras é prover um guia preciso sobre qual deve ser o comportamento compatível com o alcance dos objetivos fundamentais da vida social.

Assim, Bull identifica três complexos de regras mais relevantes para a manutenção da ordem internacional: elas podem ter o status de direito internacional, ser normas morais, consuetudinárias ou configurar-se como regras do jogo.

A primeira e mais importante delas é

o complexo de regras, que os Estados devem ter chamado de princípio normativo fundamental ou constitucional da política mundial na era atual. Este é o princípio que identifica a idéia de uma sociedade de Estados, como oposta à idéias alternativas tais como a de um império universal, a de uma comunidade cosmopolita de indivíduos ou a de um Estado de natureza hobbesiano ou Estado de guerra, como princípio normativo supremo da organização política de toda a humanidade.⁸

Embora predominante, a idéia de sociedade de Estados não é a única presente no sistema internacional. Na realidade, ela confronta-se a todo momento com as outras idéias rivais. Isto não é incompatível com a ordem porque:

⁷ Tradução livre de “one of these three elements may predominate over the others in different historical phases of states system, in different geographical theatres of its operation, and in the policies of different states and statesmen”. Ibidem, p.41. (T. A.).

⁸ Tradução livre de “the complex of rules that states what may be called the fundamental or constitutional normative principle of world politics in the present era. This is the principle that identifies the idea of a society of states, as opposed to such alternative ideas as that of a universal empire, a cosmopolitan community of individual human beings, or a Hobbesian state of nature or state of war, as the supreme normative principle of the political organization of mankind”. Ibidem, pp.67 e 68.

a ordem numa escala mundial (...) requer que uma ou outra dessas idéias básicas claramente prevaleça; o que é incompatível com a ordem numa escala mundial é um desacordo entre os princípios competitivos da organização política universal.⁹

sem que uma prevaleça necessariamente sobre a outra.

Não cabe aqui discutir de maneira mais detalhada e profunda uma obra de tal porte e complexidade como a de Bull. Como foi dito na introdução deste tópico, nós a tomamos como quadro de referência para delinear o problema com o qual vamos lidar na presente pesquisa e a esta altura ele já está, em suas linhas gerais, bem desenhado.

O TPIP inspira-se na segunda das visões de sociedade internacional anteriormente mencionadas, a kantiana ou cosmopolita, e nela encontra sua justificativa: trata-se de uma corte internacional cuja finalidade é a proteção dos direitos humanos no plano interestatal. Este Tribunal toma os indivíduos como portadores de direitos e supõe a criação de mecanismos universais para garanti-los. Ora, como já mencionado anteriormente, pelo fato das outras duas visões (hobbesiana e grottiana) terem sido claramente predominantes no processo de constituição da ordem internacional presente, a criação do TPIP lança luz sobre tensões e levanta questões complexas para as quais não vamos encontrar respostas fáceis.

Antes de discutirmos especificamente as dificuldades que esta proposta enseja, trataremos a seguir da visão kantiana de ordem mundial, na qual se funda esta idéia.

⁹Tradução livre de: “Order in a world scale (...) does require that one or another of these basic ideas should be clearly in the ascendancy; what is incompatible with order on a world scale is a discord of competing principles of universal political organization”. Ibidem, p. 68. (T. A.).

I - A VISÃO KANTIANA DE ORDEM INTERNACIONAL E A PROPOSTA DE UM ESTADO FEDERATIVO MUNDIAL

Ao contrário dos que pensam ser a criação do TPIP uma idéia recente, do fim do século XX, mais precisamente com a elaboração de seu Estatuto em fevereiro de 1998 e sua posterior efetivação neste século, em abril de 2003, as raízes dessa proposta se encontram nas discussões jurídico-filosóficas acerca da busca e da manutenção da paz eterna entre os povos desde o século XVIII, o que é evidenciado na obra “À Paz Perpétua” (1795) de Immanuel Kant.

Escrito em 1795 e revisado em 1796, a obra de Immanuel Kant “À Paz Perpétua”¹⁰ é iniciada com uma pequena sátira sobre o seu título. De acordo com o autor, a paz pode se tornar perpétua de duas maneiras. Num primeiro sentido, a humanidade pode encontrar a paz perpétua num grande cemitério onde todas as atrocidades humanas e seus respectivos perpetradores estariam enterrados. No outro, mais otimista, a paz perpétua pode ser atingida, através da emergência de um novo Estado Federativo entre os Estados-nações do mundo, fundado na criação de um direito cosmopolita.

Kant escreveu sua proposta “à paz perpétua” no contexto do Tratado de Basel assinado pela Prússia e pela França revolucionária em 1795. Através deste tratado a Prússia acordava em ceder todo território a oeste do Rio Reno à França; em contrapartida, esperava receber permissão francesa para se aliar à Rússia e à Áustria a fim de repartirem o leste da Polônia. Tratava-se de um acordo estratégico -considerado inválido por Kant

¹⁰ Em 1713, o Abade de Saint-Pierre já havia proposto que a paz só poderia ser feita através de um tratado de paz eterna que estabelecesse um congresso permanente de todos os Estados da Europa. Kant generaliza esta proposta a fim de incluir todas as pessoas em uma paz universal, cosmopolita. Além disso, ao contrário do Abade, Kant endereça sua proposta a todos os “cidadãos iluminados” que também vêem o estabelecimento da paz como uma necessidade. (N. A.)

em seu primeiro artigo preliminar à paz perpétua entre os Estados, uma vez que acarretaria apenas na suspensão das hostilidades, mas não na paz.

Nesse sentido, Kant propõe mecanismos práticos específicos através dos quais a abolição da prática de guerras pode se tornar um objetivo factível às futuras gerações. Dentre os seis artigos preliminares que compõem a proposta kantiana, vale ressaltarmos alguns deles.

Como já mencionado, o primeiro refere-se ao fato de que nenhum tratado de paz deve valer como tal se reserva tacitamente elementos para uma possível guerra futura. Isto porque, nesse caso, ocorreria apenas um armistício, porém não o advento da paz “*que significa o fim de todas as hostilidades*”.¹¹ Em consonância com este, o terceiro artigo defende a supressão dos exércitos permanentes, com o passar do tempo, uma vez que estes, em virtude de sua prontidão, ameaçam constantemente os Estados com a guerra.

Já o segundo artigo versa sobre a impossibilidade de um Estado independente ser adquirido por outro mediante herança, troca, compra ou doação, posto que o Estado não é um patrimônio, mas sim uma “*sociedade de homens sobre a qual mais ninguém a não ser ele próprio tem de mandar e dispor*”.¹² O quinto artigo reafirma a importância dos Estados não se intrometerem na constituição e no governo de outros Estados através do uso da força, pois isso prejudicaria em muito os esforços rumo à paz perpétua. Ressalta-se aqui a relevância da soberania estatal de cada Estados-nação na construção de um Estado federativo mundial .

¹¹ KANT, Immanuel, “*À Paz Perpétua*”, p. 120.

¹² Idem, p.121.

Na segunda seção de sua obra, que contém os artigos definitivos para a paz perpétua entre os Estados, Kant assevera que

o Estado de paz entre os homens que vivem juntos não é um Estado de natureza (*status naturalis*), o qual é antes um Estado de guerra, isto é, um Estado em que, embora não exista sempre uma explosão das hostilidades, há sempre, no entanto, uma ameaça constante. Deve, portanto, instaurar-se o Estado de paz; pois a omissão de hostilidades não é ainda a garantia de paz e se um vizinho não proporciona segurança a outro (o que só pode acontecer num Estado legal), cada um pode considerar como inimigo quem lhe exigiu tal segurança.¹³

No primeiro artigo definitivo, o filósofo jurista propõe uma forma relativamente democrática de governo em que “*a Constituição civil em cada Estado deve ser republicana*”, bem como a necessidade de criação de um novo Direito internacional, fundado em um conjunto de normas supranacionais coercitivas e oponíveis aos Estados.

Neste sentido, Kant explicita que toda a constituição jurídica, no tocante às pessoas que nela estão é simultaneamente uma constituição que englobe três tipos de direito: o direitopolítico (*Staatsbürgerrecht*) dos homens num povo (*jus civitatis*), o direito das gentes (*Völkerrecht*) dos Estados nas suas relações recíprocas (*jus gentium*) e o direitocosmopolita (*Weltbürgerrecht*), considerando os indivíduos e os Estados em suas relações recíprocas, como cidadãos de um Estado universal da humanidade (*jus cosmopoliticum*).

Na visão do autor, esta composição não é arbitrária, mas sim necessária em relação à idéia da paz perpétua, “*pois, se um destes Estados, numa relação de influência física com os outros, estivesse no Estado de natureza implicaria o Estado de guerra, do qual é justamente nosso propósito libertar-se.*”¹⁴

¹³ Ibidem, p.127.

¹⁴ Ibidem.

Para Kant, a única constituição fundada, primeiramente, no princípio da liberdade dos membros de uma sociedade (enquanto homens); em segundo lugar, em conformidade com os princípios da dependência de todos em relação a uma única legislação comum (enquanto súditos); e, por último, de acordo com a lei da igualdade dos mesmos (enquanto cidadãos) é a constituição republicana, decorrente da idéia do contrato originário, em que se deve fundar todo ordenamento jurídico de um povo.

Ao se colocar a grande questão: A constituição civil republicana “*é a única que pode conduzir à paz perpétua?*”, Kant responde que “*a constituição republicana, além da pureza da sua origem, isto é, de ter promanado da pura fonte do conceito de direito, tem ainda em vista o resultado desejado, a saber, a paz perpétua; da qual esta é a razão.*”¹⁵

Após ter sido considerado um mero ensaio ocasional, “A Paz Perpétua” é atualmente aceito como um trabalho central na filosofia político-jurídica kantiana e se revela de grande importância para os delineamentos da dimensão da abordagem de nossa pesquisa. Sendo o tema fundamental desta obra os efeitos pacificadores do Direito(*das Recht*), Kant argumenta que uma ordem global pacífica só pode ser criada através de um direitocosmopolita (*Welbürgerrecht*) que assegura os direitos a todos os cidadãos do mundo e substitui o direitoclássico entre as nações (*Völkerrecht*).

De acordo com James Bohman e Matthias Lutz-Bachmann, na introdução de uma publicação de ensaios comemorativos de 200 anos da “À Paz Perpétua”, “*a paz global não é apenas um objetivo da filosofia universal e progressiva de Kant, que é explicitamente escrita a partir de uma perspectiva de um cidadão cosmopolita ; é*

também um objetivo atingível".¹⁶ Além disso, eles colocam que apesar de Kant admitir que a construção de uma República mundial é a única forma de se atingir e garantir a paz, ele reconhece que esta será primeiramente obtida através do surgimento inevitável de uma estrutura institucional e legal de uma "federação pacífica entre Estados independentes", cada qual respeitando os direitos básicos de seus cidadãos e estabelecendo uma esfera pública na qual eles possam reconhecer a si próprios e os outros enquanto "cidadãos do mundo" livres e iguais.

Quase dois séculos mais tarde, sob o argumento da premente necessidade de proteção dos direitos humanos no plano internacional devido às grandes atrocidades cometidas durante a 2ª Guerra Mundial (1939-1945), o tema da necessidade da garantia da paz volta à tona nos debates político-jurídicos internacionais, principalmente na Europa e nos Estados Unidos. Dentre as inúmeras referências bibliográficas produzidas acerca dessa temática, as obras de filósofo jurista alemão Hans Kelsen nos interessam em particular.

II- A PROPOSTA DE CRIAÇÃO DE UM ESTADO FEDERATIVO MUNDIAL ATRAVÉS DA UNIDADE DO DIREITO E DA PRIMAZIA DO DIREITO INTERNACIONAL DEFENDIDA POR HANS KELSEN

Em sua obra *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*¹⁷, escrito durante a Primeira Guerra Mundial e publicado em 1928, Kelsen atenta para o tema da natureza e das funções de um sistema internacional legal. Defende a visão da

¹⁶ Tradução livre de "global peace is not only the goal of Kant's universal and progressive philosophy of history, which is explicitly written from the perspective of the cosmopolitan citizen; it is also an achievable goal BOHMAN, James and LUTZ-BACHMANN, Matthias (orgs.) "Introduction" in *Perpetual Peace. Essays on Kant's Cosmopolitan Ideal*, MIT Press, Massachusetts, 1997, p. 3.

¹⁷ "O Problema da Soberania e a Teoria do Direito entre as Nações" chamaria-se a obra em português. (N. A.)

unidade do direito como o único sistema legal que inclui na sua hierarquia normativa tanto o direito interno quanto o internacional.

Inspirado pelo ideal kantiano de garantia e manutenção da paz através de um Estado federativo mundial, Kelsen constrói as suposições centrais de sua Teoria do Direito, conforme veremos a seguir.

Para Kelsen, o universo do “dever”- que inclui os campos do Direito e do Estado- não pode existir a não ser vinculado à idéia lógica da unidade que, do ponto de vista do conhecimento requer uma visão monista. Esta unidade é representada pela humanidade como um todo. A natureza unitária do universo legal consiste, portanto, na primazia do direito internacional. Esta é a hipótese epistemológica kelseneana que norteará seus futuros trabalhos, comentados no decorrer deste texto.

Em *Teoria Geral do Direito e do Estado* (1945) ao explicitar a sua visão do direito, Kelsen afirma que na unidade e na objetividade epistemológicas da Ciência do Direito, a dimensão da subjetividade estatal e até mesmo dos direitos fundamentais- numa equação paradoxal do individualismo dos Estados com o individualismo dos indivíduos- são subordinadas à objetividade do sistema legal universal.

A grande inovação de sua Teoria Geral do Direito é que ela leva a objetividade da lei às últimas consequências e afirma a primazia do direito internacional sem eliminar a idéia de que os Estados individuais são entidades supremas e definitivas, porém reduzindo a pessoa física- o sujeito legal natural- à um elemento do sistema legal objetivo.

Ao longo de seus escritos, Kelsen defende a primazia do direito internacional na construção da ordem internacional em detrimento da soberania estatal. Para ele, o

subjetivismo e o relativismo cognitivo que inspiram essa última teoria conduziram não só a uma lógica do puro poder nas relações internacionais como também à negação da lei e da possibilidade da ciência jurídica.

Apesar de admitir que a aceitação ou a negação dessas hipóteses epistemológicas são, em princípio, objeto de uma escolha valorativa envolvendo visões de mundo alternativas, sustenta que a primazia do direito internacional é imposta por requisitos lógicos e conceituais inerentes à interpretação científica da lei, que é unitária e objetiva. Para ele, trata-se de uma hipótese que precisa ser aceita se quisermos interpretar relações sociais enquanto relações jurídicas.

A unidade do direito e a primazia do direito internacional significam que o sistema legal abrange todos os sistemas normativos, especialmente os legais estatais que são, por aquele, supra ordenados. Nesse sentido, o direito internacional é uma ordem legal universal exclusiva e original, incompatível com a idéia de soberania estatal na sua acepção absoluta.

Assim, Kelsen rejeita a idéia de que a fonte do direito internacional é a auto-obrigação convencional dos Estados e que a natureza vinculante das normas internacionais deriva do reconhecimento implícito ou explícito por parte dos governos e parlamentos dos países individuais. De acordo com sua Teoria Pura do Direito, o direito internacional é tomado como um sistema legal mundial universal. A primazia de um sistema mundial está vinculada à idéia de comunidade legal universal de seres humanos, comunidade esta que supera a dos Estados individuais, cuja validade é fundada na esfera da moralidade. O direito interno configura-se, portanto, mera parte em relação à universalidade do sistema legal internacional. De fato, é a legalidade e a validade totais

do último que conferem validade ao direito nacional. Por essa razão, as normas internas não podem contradizer as internacionais, sob pena de nulidade.

Dentre suas muitas reflexões acerca do Estado e do direito, interessa-nos em especial sua obra *Peace through Law*¹⁸ (1944), onde acreditamos encontrar não somente os fundamentos de nosso objeto de pesquisa- o TPIP-, mas também muitos questionamentos a seu respeito.

Preocupado com a necessidade de se colocar um fim às guerras e de se reconstruir a ordem internacional no pós-guerra de modo a garantir a paz, Kelsen retoma a idéia kantiana da paz perpétua e propõe a criação de uma Corte Penal Internacional dotada de jurisdição compulsória como sendo o primeiro passo para a construção de um Estado federativo mundial capaz de gerar a pacificação das relações inter-individuais no âmbito internacional.

A hipótese da unidade do direito e da primazia do sistema legal internacional kelseniano está associada à quatro premissas essenciais.

No primeiro capítulo intitulado “*Peace through Force or through Law?*”¹⁹, o autor assevera que a “*paz é um estado caracterizado pela ausência de força*”.²⁰ Contudo, reconhece que numa sociedade organizada, a ausência absoluta de força é praticamente impossível. Sendo assim, afirmará mais tarde que a força e o direito não se excluem e que o direito é a organização da força.

Nesse sentido, Kelsen menciona que, a fim de assegurar a paz, a ordem social de uma comunidade não pode excluir todos os tipos de atos coercitivos, o que justifica o fato

¹⁸ “Paz através da Lei” chamaria-se a obra em português. (N. A.)

¹⁹ Tradução livre de “*Paz através da força ou através da lei?*”. (T. A.).

²⁰ Tradução livre de “*peace is a state characterized by the absence of force*” in KELSEN, Hans, “*Peace through Law*”, Chappel Hill- The University of California Press, 1944, p. 3.

de que, apesar do emprego da força ser geralmente proibido enquanto delito, é excepcionalmente permitido como sanção atribuída a esses delitos. Portanto, a primeira premissa é que o sistema legal a ser criado deve ser um sistema coercitivo, ou seja, punitivo.

Para tal, a sociedade organizada deve atuar de forma simultânea: por um lado, o uso da força física deve ser retirado da iniciativa individual e, por outro, centralizado em órgãos especializados no seu exercício a fim de garantir a pacificação das relações interpessoais. Dessa maneira, a ordem social transforma o uso da força física num monopólio da comunidade pacificando as relações entre seus membros. Tem-se, assim, o estabelecimento do monopólio comunitário da força como característica essencial do direito enquanto ordem coercitiva.

Ou seja, a partir do momento que esse monopólio é criado através da reserva aos indivíduos lesados do direito de empregar a força enquanto sanção e da conseqüente transferência desse direito a uma agência central, essa comunidade legal se torna um Estado.

Kelsen afirma que

o Estado moderno é o tipo mais perfeito de ordem social que estabelece um monopólio comunitário da força. Sua perfeição se deve à centralização do uso da força (...) Dentro do Estado, a pacificação das relações entre os indivíduos – isto é, a paz nacional – é atingida no mais alto grau possível.²¹

Depreende-se dessa passagem um possível diálogo entre o autor e o sociólogo Max Weber. Em sua obra, *A Política como Vocação*, Weber afirma que só é possível “definir o Estado Moderno sociologicamente em termos dos meios específicos e

²¹ Tradução livre de “the modern State is the most perfect type of a social order establishing a community monopoly of force. Its perfection is due to the centralization of the employment of force (...). Within the State, pacification of inter-individual relations- that is, national peace- is attained in the highest possible degree”. Ibidem, p. 4. (T. A.).

peculiares a ele".²² Para Weber, o que distingue o Estado de qualquer outro tipo de associação política é o fato de que o "*Estado é uma comunidade humana que pretende, com êxito, o monopólio do uso legítimo da força física, dentro de um determinado território*".²³ Dessa maneira, apesar deste monopólio legítimo do uso da força física não ser o meio normal, nem o único do Estado, ele é específico e peculiar ao Estado moderno. O que garante o êxito de tal monopólio é a dominação legítima estatal que se dá através de três formas possíveis apersentadas em sua obra "*Economia e Sociedade*": do carisma, da tradição ou da racionalidade/legalidade.

Além de se utilizar do conceito weberiano de monopólio da violência física legítima, Kelsen vincula-o à idéia de pacificação social, chamando atenção para a função social de pacificação interna que este monopólio desempenha. A não ser em casos excepcionais como revoluções ou guerras civis, o emprego da força é efetivamente eliminado das relações entre os cidadãos e reservada às agências centrais, tais como os governos ou as cortes que são autorizadas a se utilizarem da força como sanção contra atos ilegais.

Portanto, nos marcos jurídicos de um Estado, o poder coercitivo da lei vigente é capaz de assegurar a pacificação da comunidade interna. Mas esta pacificação interna não é suficiente. Seguindo o ideal kantiano da busca da paz perpétua, e em pleno contexto bélico, Kelsen está preocupado com o alcance da paz no âmbito internacional

Caminhar nesse sentido significa primeiramente eliminar a guerra, que constitui o maior ato de violência de todos os tempos. Como e de que maneira isso será possível? Em resposta a esses questionamentos, Kelsen afirma que nenhuma solução seria mais

²² WEBER, Max. "A Política como Vocação", in *Ensaaios de Sociologia*, p.98.

²³ Idem.

auto-evidente do que a reconstrução do mundo no Pós-Guerra nos moldes da teoria kantiana de ordem mundial, ou seja, de uma ordem fundada na criação de um Estado federativo mundial composto por todas as nações (ou pelo menos pela maioria possível), que seja capaz de garantir a pacificação das relações inter-estatais e, de maneira mais ousada, das relações interpessoais da humanidade como um todo.

Todavia, reconhece que uma análise minuciosa acerca da natureza das relações internacionais e dos procedimentos específicos ao direito internacional revela uma dificuldade básica que obsta toda e qualquer tentativa de pacificação das relações interestatais: o fato do direito internacional não dispor de autoridade competente e mecanismos suficientes para decidir, de maneira imparcial e efetiva, qual Estado está correto e qual está errado, nos casos de conflitos internacionais. Dito de outra forma, a natureza descentralizada da estrutura sancionatória da comunidade internacional acaba por fragilizar o exercício e a eficácia do sistema legal internacional.

Se os Estados não chegam a um acordo ou não submetem voluntariamente suas disputas à arbitragem, cada Estado fica autorizado para decidir por si próprio se um outro Estado violou seus direitos e, se assim o considerar, também estará autorizado a implementar sua força sobre o Estado-violador. Uma vez que o Estado-violador, neste caso, também tem a mesma competência para decidir por si só uma questão de direito, o problema legal fundamental permanece sem solução de autoridade.

Sendo assim, o sistema legal internacional é imperfeito pelo fato de cada Estado soberano reservar para si o direito de punir. Para que o direito, todavia, não seja reservado a cada Estado de forma indiscriminada, Kelsen re-propõe a teoria da guerra justa (*justum bellum*), que para ele é negligenciada de forma incorreta pelos teóricos do direito

internacional moderno. Isto porque, quem rejeita a teoria da guerra justa, nega a natureza legal do direito internacional. Por outro lado, adiantamos que esse posicionamento kelseniano é severamente refutado pelos seus críticos contemporâneos, colocado como no mínimo contraditório ao seu próprio objetivo de se alcançar a paz entre as relações inter-estatais.

A segunda premissa que rege a unidade do direito e a primazia do direito internacional, portanto, é a doutrina da guerra justa. Partindo do pressuposto de que a guerra tem sido tradicionalmente objeto de considerações éticas, e que a ética internacional está sendo tomada novamente com devida atenção, Kelsen considera que essa tendência não será minimizada. Ou seja, visto que a ética internacional é a base norteadora do crescimento do direito internacional, tudo que ela considera justo, pode, provavelmente, tornar-se objeto de regulação por parte do direito internacional.

Assim, não é a toa que uma série de convenções e tratados internacionais- desde o Tratado de Paz de Versailles, até a Convenção da Liga das Nações e o Pacto *Briand Kellog* tendem a mencionar a guerra como um possível objeto de tratamento jurídico, seja este positivo ou negativo. Definido de maneira positiva, a guerra assume a forma de um instrumento coercitivo introduzido pelo direito internacional contra aqueles que violaram as normas. Nesse caso, a guerra é vista como uma sanção cuja aplicação é deixada à discricionariedade dos membros da comunidade internacional. Contudo, só pode ser considerada uma sanção justa se aplicada enquanto mecanismo de defesa ou resposta a uma agressão internacional e aplicada pelo Estado vítima ou por outros Estados que procurem assessorá-lo militarmente. Assim, o Estado agredido, legítimo para punir o Estado agressor, assume o papel de um órgão da comunidade internacional legal

exercendo suas funções. Exceto esses casos de “causas justas para a guerra” (*justa causa belli*), a guerra é considerada como um uso ilegítimo da força e poranto, também considerado um ato de agressão internacional.

O terceiro alicerce de sua teoria do primado do direito internacional é a equidade formal dos Estados-Nação até que eles possam ser abarcados pelo Estado federativo mundial numa ordem cosmopolita da sociedade internacional. Na linha desse argumento, o princípio da soberania estatal nas relações internacionais é rejeitado em sua totalidade pelo autor.

O quarto pressuposto refere-se à subjetividade legal internacional. De volta às visões de ordem internacional apontadas por Bull, podemos observar com maiores detalhes o conflito entre a visão kelseniana e a grotiana no que diz respeito não só à forma, mas também ao conteúdo do direito internacional. Pelo fato de Kelsen negar o princípio da soberania estatal e defender a unidade moral e legal da humanidade, rejeita a concepção grotiana tradicional de direito internacional enquanto um sistema normativo cujos sujeitos são exclusivamente os Estados. Segundo a abordagem grotiana, o direito internacional abrange apenas as relações interestatais e talvez também as relações entre Estados e organismos internacionais. Diferentemente do modelo kelseniano, nem as relações entre os Estados e seus nacionais, nem aquelas entre indivíduos de Estados e organismos internacionais são tratadas pelo direito internacional, seja ele público ou privado. Portanto, em termos grotianos, a conduta tratada como relevante pelo direito internacional não pode ser atribuída a pessoas individuais (apesar de serem sempre indivíduos os autores dessas condutas) mas sim, e unicamente ao sistema legal estatal ao qual essas pessoas pertencem enquanto sujeitos ou cidadãos.

Para Kelsen, os indivíduos não apenas precisam ser sujeitos de direito internacional como também este deve regular suas atividades. Nesse sentido, Kelsen pretende estabelecer que todos os sujeitos humanos devem estar obrigados a obedecer a normas internacionais. Os fundamentos da unidade do direito vinculada à primazia do direito internacional na teoria kelseniana não são apenas as prerrogativas da sua proposta de criação de um Estado Mundial, como também revelam o caráter cosmopolita do direito inerente a essa visão de mundo.

II. I - A CRIAÇÃO DE UM TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PERMANENTE NO PÓS-GUERRA COMO PRIMEIRO PASSO NA CONSTRUÇÃO DE UM ESTADO FEDERAL MUNDIAL

De acordo com a Declaração de Moscou, assinada pelos Estados Unidos, Reino Unido, União Soviética e China, o princípio que passa a reger as relações internacionais no pós-guerra é o da igualdade soberana entre os Estados-nações. Dessa maneira, a ordem internacional que se constrói com o término da 2ª Guerra Mundial (1939-1945) é a ordem fundada numa sociedade de Estados soberanos.

Considerando suas premissas da unidade do direito vinculada à primazia do direito internacional na criação de um Estado Federal Mundial, Kelsen reconhece as dificuldades que sua proposta encontrará logo após a 2ª GM.

A primeira dúvida suscitada pelo próprio autor refere-se à maneira como este Estado Mundial deverá ser estabelecido. Para ele, a única forma democrática de se instituir um Estado Mundial é através de um tratado internacional, mediante o qual os Estados - enquanto sujeitos soberanos de direito internacional- se submetam a uma Constituição Federal que constitua os termos materiais a serem ratificados e efetivados.

Kelsen explicita que tal proposta é, em princípio, baseada na analogia que se presume existir entre o Estado mundial e o Estado nacional, através do qual a paz interna é efetivamente assegurada. Contudo, esta analogia não parece ser favorável às intenções daqueles que pretendem atingir a paz mundial através de métodos que condizem com os princípios democráticos da liberdade e da igualdade aplicadas às relações internacionais.

Isto porque, a hipótese defendida pela doutrina jus naturalista dos séculos XVII e XVIII de que o Estado se origina através de um contrato social entre indivíduos soberanos que se encontram em um Estado de natureza se revela falha visto que, conforme mencionado anteriormente, a paz interna nos Estados não é garantida através de um acordo voluntário entre indivíduos livres e iguais, mas sim através do monopólio do uso legítimo da força física por parte do Estado.

Por outro lado, os seguidores da doutrina de que o Estado é criado a partir de conflitos hostis entre grupos sociais de diferentes estruturas econômicas e de que, portanto, o Estado mundial só pode existir através da subjugação forçada de todas as nações do mundo e de que a paz mundial só pode ser estabelecida numa ordem imposta à humanidade por um único e grande Estado, também não é correta.

Kelsen coloca que, apesar da doutrina jus naturalista ter sido substituída pela da subjugação forçada,

se a paz mundial só pode ser assegurada por um Estado Mundial, então a crença na possibilidade de se estabelecer tal Estado através de um tratado internacional realizado por governos independentes é, de acordo com a teoria da força, o mesmo erro da doutrina do direito natural de que o Estado nacional tem sido estabelecido através de um acordo voluntário de indivíduos determinados por sua visão racional acerca das vantagens de uma colaboração pacífica sob uma autoridade à qual é conferida o monopólio da força.²⁴

²⁴ Tradução livre de *"if world peace can be secured only by a World State, then the belief in the possibility of establishing such a State by an international treaty concluded by independent governments is, according to the force theory, just the same mistake as the natural law doctrine that the national State has been established by the voluntary agreement of individuals determined by their reasonable insight into the*

Dessa forma, na visão do autor, ambas as teorias não estão nem completamente erradas nem corretas. Isto significa que nenhuma delas, seja através do contrato social, ou por meio da coerção, são capazes de assegurar a paz de maneira duradoura numa comunidade. Dito de outra maneira, com relação à primeira doutrina, nenhum contrato social é capaz de constituir uma comunidade pacífica duradoura sem que haja poder para implementar a ordem na comunidade. No tocante à segunda, nenhuma subjugação forçada é capaz de produzir um Estado de paz relativamente duradouro sem o mínimo consentimento de seu povo.

Portanto, o argumento de Kelsen é que, “*a força e o direito não se excluem. O direito é uma organização da força*”.²⁵ Ele aponta que, por um lado “*o fato do Estado não ter se originado através de um contrato social não é um argumento contra a possibilidade de se estabelecer uma ordem asseguradora da paz através de um tratado internacional*”; [por outro]

ainda que a paz nacional assegurada pelo Estado nacional fosse sempre e em todos os lugares resultado da subjugação forçada, não há necessidade de se acreditar que esta é a única forma de se estabelecer a paz internacional e de que nós temos de esperar por um mundo melhor até que um Leviatã tenha engolido todos os outros.²⁶

De acordo com sua proposta, o centro do Estado federativo mundial democrático deveria ser um Parlamento Mundial. Ressalva, todavia, que se o critério de representação

advantages of peaceful collaboration under an authority upon which the monopoly of force is conferred”. Idem, p. 6. (T. A.).

²⁵ Tradução livre de “*force and law do not exclude each other. Law is an organization of force*”. Ibidem, p. 7. (T. A.).

²⁶ Tradução livre de “*the fact that the State did not originate in a social contract is not an argument against the possibility of establishing by an international treaty a peace securing order*” [] “*even if national peace secured by the national State were always and everywhere the result of forcible subjugation, there is no necessity of believing that this is the only way to establish international peace and that we must wait with our hope for a better world until on Leviathan has swallowed all the others*”. Ibidem, p. 8. (T. A.) Vale ressaltar aqui a contraposição feita pelo autor entre as duas visões de ordem internacional anteriormente apontadas por Bull como constitutivas do sistema internacional da sociedade de Estados, a grotiana e a hobbesiana, de um lado; e a visão kantiana (cosmopolita) - adotada por ele em sua proposta de criação de um Estado federativo mundial no Pós-Guerra, de outro. (N. A.)

das Nações Unidas fosse de acordo com o índice numérico de suas respectivas populações, este Parlamento seria um corpo legislativo no qual a Índia e a China teriam aproximadamente três vezes mais deputados do que os Estados Unidos e a Grã Bretanha juntos, por exemplo, o que não seria ‘politicamente desejável’. Esse tipo de representação ‘democrática’ interferiria diretamente na soberania nacional dos Estados, causando possivelmente mais problemas do que soluções.

Além disso, pensar que a criação de um Estado mundial implicaria na centralização da jurisdição de todos os Estados-membros, fazendo com que o Estado maior tivesse o mesmo poder de dizer o direito que um governo nacional não era politicamente viável em determinado momento histórico.

Para ele, se

o governo de um Estado soberano está, por sua própria natureza, inclinado a resistir a qualquer restrição sobre sua independência; e, tornar-se um membro de um Estado federal significa abdicar completamente dessa independência, a resistência contra tal suicídio do Estado alcança o mais alto grau imediatamente após uma guerra vitoriosa, o que inevitavelmente faz crescer os sentimentos nacionalistas do povo.²⁷

Ademais, acredita que um Estado federativo mundial só poderá ser constituído após um longo desenvolvimento no sentido de equalizar as diferenças culturais entre os Estados-nações, especialmente se esse desenvolvimento levar em consideração um trabalho político e educacional consciente no campo ideológico.

Portanto, uma vez que a proposta de constituição de um Estado federativo mundial ainda não está em vias de se concretizar, a questão que se coloca é: do ponto de vista estratégico, qual é o próximo passo a ser dado a fim de se caminhar nesse sentido?

²⁷ Tradução livre de “*the government of a sovereign State by its very nature is inclined to resist any restriction upon its independence; and to become a member of a federal State means giving up completely one’s independence, the resistance against such a State suicide must, of course, reach the highest degree immediately after a victorious war, which inevitably increases the nationalistic feelings of people.*” Ibidem, p. 10. (T. A.).

Aqui se insere a problemática que nos interessa particularmente. Em primeiro lugar, funda-se uma união dos Estados, o que significa que a solução para o problema da paz duradoura só poderá ser buscada nos marcos do direito internacional, através de uma organização cujo grau de centralização não exceda a forma da comunidade internacional, ou seja, não ultrapasse os limites da sociedade de Estados.

Reside, pois, nessa passagem o argumento no qual se funda a proposta de criação do Tribunal Penal Internacional Permanente:

enquanto não for possível retirar dos Estados interessados a prerrogativa de dizer o direito e transferi-la de uma vez por todas a uma autoridade imparcial, a saber, um tribunal internacional, qualquer progresso em direção à pacificação do mundo estará absolutamente excluído. Consequentemente, o próximo passo no qual nossos esforços devem estar concentrados é o de criar um tribunal internacional dotado de jurisdição compulsória. Isto significa que todos os Estados da Liga constituídos por esse tratado serão obrigados a renunciar às guerras ou represálias enquanto meios de solucionar conflitos, e a submeter todas as suas disputas, sem exceção, à decisão da corte, tendo de cumpri-la de boa fé.²⁸

Curiosamente, apesar dos Estados Unidos não terem ratificado o tratado do TPIP (2002) e o governo atual deste país considerá-lo uma ameaça à soberania nacional, Kelsen menciona que desde o início da 2ª GM, a reclamação por uma corte internacional com jurisdição compulsória como um meio para se manter a paz através da lei foi cada vez mais defendida pela opinião pública americana.²⁹

²⁸ Tradução livre de *“as long as it is not possible to remove from the interested States the prerogative to answer the question of law and transfer it once and for all to an impartial authority, namely, an international court, any further progress on the way to the pacification of the world is absolutely excluded. Consequently the next step on which our efforts must be concentrated is to bring about an international court endowed with compulsory jurisdiction. This means that all the States of the League constituted by this treaty are obliged to renounce war and reprisals as means of settling conflicts, to submit all their disputes without exception to the decision of the court, and to carry out its decisions for good faith”*. Ibidem, p. 14. (T. A.).

²⁹ Um exemplo disso é a resolução da *American Branch of International Law Association, the American Foreign Law Association and the Federal Bar Association*, elaborada à época supracitada:

1) Que o primeiro objetivo da Guerra e da paz das Nações Unidas é o estabelecimento da manutenção de uma paz efetiva entre as nações no mais breve momento possível baseado na lei e na administração ordinária da justiça; 2) Que administração da justiça internacional requer a organização de um sistema judicial de cortes internacionais permanentes inter-relacionadas com jurisdição obrigatória; 3) Que

Para Kelsen, tal Tratado de paz entre as nações deveria ter se efetuado logo após o término da 2ª GM, devendo contar também com a assinatura dos Estados derrotados. O autor atenta também para a importância da participação da Rússia Soviética na Liga, como sendo essencial para a paz futura.

II. II - A CRIAÇÃO DA LIGA PERMANENTE PARA A MANUTENÇÃO DA PAZ E A CORTE PENAL INTERNACIONAL PERMANENTE

Para Kelsen, a reconstrução da ordem mundial no pós-guerra dependia de uma reforma das relações internacionais no plano jurídico e não no econômico. Segundo ele, só seria possível eliminar as guerras das relações interestatais e, conseqüentemente, instaurar-se paz através do estabelecimento de uma Corte Penal Internacional Permanente dotada de jurisdição internacional compulsória, ou seja, tomando a guerra como um problema da política internacional, defende que o meio político mais importante de resolução dos conflitos no âmbito internacional seria o direito internacional.

Para Kelsen, a falha da Liga das Nações foi não ter centrado sua organização numa Corte Internacional, mas sim na criação de um Conselho (espécie de órgão administrativo internacional) e de uma Assembléia da Liga (espécie de Parlamento).

Sendo o desarmamento um dos principais objetivos da Liga, seu Conselho administrativo deveria não somente trabalhar para manter a paz entre a comunidade através do estabelecimento de disputas e de restrições ao armamento dos Estados-membros, mas também protegê-los contra agressões por parte de Estados não-membros da Liga.

instrumentos, agências, e procedimentos devem ser instituídos e desenvolvidos para declarar e tornar efetivo o desejo considerado da comunidade das Nações. (N. A.).

O fato é que nem o Conselho, tampouco o Parlamento da Liga eram dotados de mecanismos coercitivos específicos para impor tais medidas. Na opinião de Kelsen, o único órgão capaz de implementar essas medidas assecutórias da paz, seria um Tribunal Internacional, dada a sua natureza coercitiva.

Pelo fato da Liga não ter obrigado seus membros a submeterem todos os seus conflitos e disputas a jurisdição compulsória de uma corte e também não ter excluído completamente as guerras e represálias da relação entre os membros, tal experiência não foi bem sucedida.

Tendo em vista esse insucesso, Kelsen propõe uma Liga Permanente para a Manutenção da Paz (LPMP) cujo órgão principal a fim de assegurar a paz deve ser uma Corte Penal Internacional Permanente (CPIP). Para tal, a constituição dessa Liga Permanente deveria garantir à Corte o mais alto grau de independência e imparcialidade. Ressalta-se aqui a importância da independência dos juízes do seu próprio governo e a imparcialidade das decisões judiciais com respeito aos Estados envolvidos, que deveria ser ainda mais efetiva do que a da Corte Internacional de Justiça européia, que concedia muita influência aos governantes na eleição de juízes.

II. II. I - OS FUNDAMENTOS E AS CARACTERÍSTICAS DA CORTE PENAL INTERNACIONAL PERMANENTE PROPOSTA POR KELSEN (1944)

Apesar da análise comparativa dos textos das Convenções e Tratados de Paz no pós-guerra não serem o objeto específico de nossa análise, vale ressaltar que a Convenção da Liga Permanente para a Manutenção da Paz (LPMP) proposta por Kelsen (que nos interessa particularmente) difere-se da Convenção da Liga das Nações Unidas e do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional Européia (PCIJ) em alguns

aspectos que merecem nossa atenção. De acordo com sua proposta, a Liga Permanente para a Manutenção da Paz deve ser composta de uma Assembléia, de uma Corte, de um Conselho e de um Secretariado.³⁰

A Convenção da Liga Permanente prevê que a corte deve ser composta de 17 juízes, escolhidos dentre pessoas de alto caráter moral, e competência em Direito internacional.³¹

A cidadania dos juízes e a lealdade a seus governantes está suspensa durante o exercício de suas funções. O vínculo à Corte deve ser reconhecido como um passaporte diplomático. Além disso, a fim de garantir o maior grau de imparcialidade, nenhum juiz deve participar de julgamentos em que seu Estado nacional seja uma das partes processuais (arts. 14 cc 16.2). A independência dos magistrados é fundamental para a eficácia dos julgamentos. Ressalva-se a vitaliciedade do cargo como uma das medidas estabelecidas pela Convenção (art. 17. 1).

³⁰ Convenção da Liga Permanente para a Manutenção da Paz, artigos 1º, 2º, e 27º respectivamente. (N. A.)

³¹ Para tal escolha, cada governante de um Estado-membro da Liga deve convidar suas cortes supremas de justiça, as faculdades de Direito e academias nacionais voltadas ao estudo do Direito internacional para nomearem duas pessoas dispostas a aceitarem os deveres de membro da Corte. Apenas um deles pode ser de sua própria nacionalidade e a mesma pessoa pode ser nomeada por diferentes instituições no mesmo Estado, bem como por instituições de Estados diferentes (arts. 4º e 5º).

A Secretaria Geral da Liga deve preparar uma lista de todos os candidatos nomeados. A primeira parte da lista deve conter as pessoas nomeadas por instituições que não da sua própria nacionalidade. Nesse sentido, uma pessoa nomeada por instituições de um maior número de países estrangeiros é colocada à frente de pessoas nomeadas por um número menor de Estados na ordem classificatória. Em caso de empate de número de indicações dos países, serão classificados de acordo com o número de instituições pelas quais eles foram nomeados. Se tiverem sido nomeados pelo mesmo número de instituições, deve ser registrados em ordem alfabética. O mesmo é aplicável a pessoas nomeadas somente por instituições de um Estado estrangeiro (art. 7). A segunda parte da lista preparada pela Secretaria Geral deve conter as pessoas nomeadas por instituições de seus próprios Estados, que também devem ser registradas em ordem alfabética de acordo com o nome de seus Estados. Com isso, cada grupo nacional é classificado segundo o número das instituições nacionais pelas quais eles foram nomeados (art. 9). As primeiras nove pessoas registradas na primeira parte da lista devem ser consideradas como membros da Corte. Os outros oito membros devem ser eleitos da segunda parte da lista pela Assembléia da Liga, de acordo com o princípio do voto majoritário (art. 10).

A Segunda Parte da Convenção (arts. 31 a 37) refere-se à jurisdição compulsória da Corte. Não há prescrição nem exclusão de um procedimento conciliatório. O acordo das partes em terminar o processo conciliatório é compatível com a Convenção.

Diferentemente do objetivo da Liga das Nações tratado anteriormente, a função da Liga Permanente para a Manutenção da Paz é assegurar a paz da comunidade internacional levando as disputas entre os membros à Corte, para serem julgadas. Portanto, não há previsão de obrigação de proteção imposta aos Estados nem desarmamento como previsto pela Convenção da Liga das Nações (arts. 8, 9, e 10).

Para Kelsen, “A LPMP deve ser uma comunidade legal e não uma comunidade política”.³² Ao fim de sua proposta, Kelsen ressalta ainda que não sabemos até que ponto, se fosse possível a ratificação de tal tratado pelos 4 potências mundiais pós a 2a GM, EUA, URSS, Grã-Bretanha e China, esses países iriam respeitar as estipulações do tratado conscientemente, executar decisões judiciais e se tornar guardiões da norma. Sendo assim, desde que eles respeitassem a Convenção, sua hegemonia não seria nada mais do que a aplicação rigorosa da lei. Ainda assim, essa conjectura é bastante questionável.

Seguindo a sugestão de Winston Churchill (chefe de Estado da Inglaterra à época), de que “nós pretendemos estabelecer a ordem mundial e uma organização equipada com todos os atributos de poder necessários a fim de prevenir guerras futuras ou o planejamento delas por parte de Nações agitadas e ambiciosas com antecedência (...)”, Kelsen afirma que

quanto mais efetivo for o poder conferido a uma organização internacional, mais garantias devem ser dadas pela sua constituição de que esse poder será exercido somente para a manutenção da lei; e a única garantia séria para o

³²Tradução livre de “*the PLMP shall be a legal not a political community*”. Ibidem, p. 66. (T. A.).

exercício legal do poder é a previsão de que as forças armadas à disposição da Liga -seja uma verdadeira polícia internacional ou as forças armadas de um ou vários Estados-membros- devem ser empregadas não sob a ordem de um corpo político, mas sim como uma medida de execução da decisão da corte.³³

Apesar das dificuldades que esta proposta teria de enfrentar no pós-guerra, ela também possui suas razões para ser considerada o primeiro passo na construção de um Estado federativo mundial. Trataremos a seguir dos possíveis obstáculos que esta proposta enfrentaria no cenário internacional, bem como das defesas apontadas por Kelsen diante destes mesmos obstáculos.

Kelsen aponta dois obstáculos à implementação da Corte Internacional. O primeiro deles diz respeito à falta de obediência por parte de um Estado às decisões por ela proferidas ou ao procedimento e às regras estabelecidas no Tratado.

Diferentemente das comunidades, caracterizadas pelo fato de que o direito que regula as relações entre os Estados-membros conserva seu caráter internacional sem se converter em direito nacional, a constituição de um Estado mundial provido de um governo e um parlamento mundiais, possui um direito internacional, fruto de um tratado entre Estados, que passa a ser, ao mesmo tempo, o direito nacional, e o direito do Estado mundial.

A organização de um Poder Executivo centralizado é indispensável para que a Corte faça cumprir suas ordens e sentenças. Dito de outra forma, a criação de uma polícia internacional distinta e independente das Forças Armadas dos Estados-membros é absolutamente necessária para executar as decisões da Corte. Isso configura uma

³³Tradução livre de *We intend to set up the world order and an organization equipped with all necessary attributes of power in order to prevent future wars or the planning of them in advance by restless and ambitious Nations (...)* [] *“the more effective power conferred upon international organization, the more guarantees which must be given by its constitution that this power will be exercised only for the maintenance of the law; and the only serious guarantee for the legal exercise of power is the provision that the armed forces at disposal of the League -whether a true international police force or the armed forces of one or several member States- is to be employed not at the order of a political body but in execution of the decision of a court”* Ibidem, p. 67. (T. A.).

extensão ainda maior desta questão: como será possível a centralização das Forças Armadas nacionais no âmbito internacional sendo que não existe um governo central mundial?

Kelsen argumenta que a maior dificuldade da organização mundial é justamente a centralização do Poder Executivo e que, da mesma forma que a criação da jurisdição compulsória internacional deve preceder a criação do Estado federativo mundial, a centralização das Forças Armadas também é o primeiro passo para a centralização do Poder Executivo como um todo.

Segundo essa proposta kelseniana, a polícia internacional será também nacional, da mesma maneira que o direito internacional também é nacional no que diz respeito ao grau de sua centralização, a partir da qual uma Liga deixa de ser uma confederação de Estados e passa a ser um Estado em si.

Assim, num primeiro estágio de centralização, a polícia internacional só pode ser efetiva se baseada na obrigação de que os Estados-membros devem se desarmar, ou limitar radicalmente seu armistício, de modo que somente a Liga dos Estados possa manter uma força armada considerável. Vale ressaltar que a tentativa de se criar um poder de polícia internacional depende da aprovação dos governantes e não se pode desconsiderar eventuais resistências por parte dos mesmos.

Um segundo obstáculo à sugestão de criação de uma corte internacional refere-se ao fato de que a ordem legal a ser aplicada por esta Corte seria deficiente dada a sua impossibilidade de formar um corpo legislativo competente para adaptar o direito internacional a circunstâncias mutáveis.

Kelsen rebate inteiramente essa objeção sob o argumento de que a função aplicadora da lei é anterior à criação de um Poder Legislativo centralizado. Analogamente às cortes nacionais, as cortes internacionais também conseguiram adaptar a aplicação das leis de acordo com os acontecimentos históricos. Assim, o direito internacional existe antes mesmo de haver a centralização no plano internacional.

Assim, para o autor, enquanto as Forças Armadas internacionais não existirem, as decisões deveriam ser executadas pelos próprios Estados-membros da comunidade internacional, contra o Estado-parte infrator, através do uso de suas Forças Armadas internas, sob a direção da agência administrativa da corte. Esta, por sua vez, deve ser autorizada pela Convenção a escolher um oficial competente para controlar as obrigações militares dos Estados-membros e, caso uma sanção militar seja executada de acordo com a decisão da Corte, para apontar um chefe de comando da Liga (*commander-in-chief*).

As resoluções através das quais o Conselho Administrativo implementará as decisões da Corte devem ser adotadas pela maioria dos membros e não pela unanimidade deles como no Conselho da Liga das Nações. De acordo com Kelsen, o princípio da maioria não é aplicável às relações internacionais com exceção ao procedimento das cortes internacionais. *“Aqui e somente aqui, a maioria dos votos de um tribunal internacional não é considerada incompatível com a soberania de um Estado”*. Nas palavras de Kelsen, *“esta é uma das razões pelas quais é aconselhável criar um tribunal e não um governo, o principal instrumento de uma reforma internacional. É a linha da menor resistência”*.³⁴

³⁴Tradução livre de “Here, and here alone, is the majority vote of an international court not considered incompatible with sovereignty of a State.” [] “this is one of the reasons it’s advisable to make a court, and not a government, the main instrument of an international reform. It is the line of least resistance” Ibidem, p.21. (T. A.).

Uma segunda razão favorável à sugestão de construção de uma corte internacional mencionada por Kelsen é a de que os tratados de arbitragem à época se revelavam bastante eficazes. Segundo o autor, era raro um Estado se recusar a executar uma decisão de uma Corte a cuja autoridade ele se submeteu.

A terceira razão apontada pelo autor é construída historicamente. No campo da legislação municipal³⁵, o processo de centralização legal se deu de forma curiosa. O estabelecimento de tribunais (enquanto centralização da função aplicadora da lei) foi anterior ao estabelecimento de órgãos legislativos (enquanto centralização da função criadora da lei). Muito antes da existência de corpos legislativos, cabia às cortes aplicar as leis aos casos concretos. A centralização do Poder Executivo é último passo da evolução de uma comunidade descentralizada para uma comunidade centralizada, a qual chamamos de Estado.

Além disso, uma das questões mais importantes, a nosso ver, levantada pelo autor refere-se à diferenciação entre os conflitos políticos e os legais. Segundo Kelsen, esta distinção é feita estrategicamente para justificar a exclusão de algumas disputas internacionais da jurisdição de tribunais internacionais. Apresentam-se enquanto disputas políticas e não jurídicas e, conseqüentemente, não podem ser submetidas a decisões judiciais.

qualquer conflito entre Estados bem como entre pessoas privadas pode ser de caráter econômico ou político; mas isto não exclui a possibilidade de se tratar tal disputa como uma disputa legal. (...) Se as relações entre as pessoas – privadas ou Estados- são reguladas por uma ordem legal, todos os conflitos possíveis entre essas pessoas são ao mesmo tempo conflitos legais se julgados por uma ordem legal; e, objetivamente eles sempre podem ser julgados por uma ordem legal apesar de que, do ponto de vista de certos interesses subjetivos, possa ser indesejável tratá-los como conflitos legais.³⁶

³⁵ Na literatura de Relações Internacionais, o termo “legislação municipal” é utilizado como legislação nacional. (N. A.)

³⁶ Tradução livre de “Any conflict between States as well as between private persons is economic or political in character; but that does not exclude treating the dispute as a legal dispute. (...) If relations

Por pensar que a distinção entre as disputas políticas e as legais é muito importante na discussão acerca da aplicabilidade da lei à elas, e por considerar que o Tratado de Locarno (1925) as diferencia de forma insatisfatória, Kelsen explicita seu caráter diferenciador:

disputas legais são disputas em que ambas as partes baseiam suas respectivas alegações e suas objeções acerca das alegações da parte contrária no direito internacional positivo; enquanto que disputas políticas são disputas em que pelo menos uma das partes baseia sua alegação ou sua defesa não no direito internacional positivo, mas sim em outros princípios ou em nenhum princípio.³⁷

A distinção entre os dois tipos de conflitos se faz necessária com relação à eficácia do TPI porque os conflitos políticos também devem ser julgados pela corte. Isto porque se o tratado internacional que o estabelecer reconhecer essa diferença e submeter apenas os conflitos legais à jurisdição do Tribunal

o efeito de tal provisão é a de que todo Estado tem em seu poder de eliminar qualquer conflito seja da jurisdição do tribunal e portanto se livrar de sua obrigação de submeter pelo menos alguns de seus conflitos com outros Estados à jurisdição do tribunal. O caráter político ou legal do conflito depende exclusivamente da descrição das partes." (...) Consequentemente, o efeito da cláusula admitindo apenas conflitos legais à jurisdição de um tribunal internacional serve para anular o dispositivo que obriga o Estado a submeter os conflitos à jurisdição do tribunal.³⁸

Por outro lado, se o tratado reconhecer a distinção entre os tipos de conflitos, submeter ambos a sua jurisdição, porém autorizar às partes a retirá-los da jurisdição do

between persons - private individuals or States- are regulated by a legal order at all, all possible conflicts between these persons, whether economic or political in character, are at same time legal conflicts if judged by the legal order; and, objectively, they always can be judged by the legal order although, from the viewpoint of certain subjective interests, it may be undesirable to treat them as legal conflicts". Ibidem, pp.24 e 26. (T. A.).

³⁷Tradução livre de "legal disputes are disputes in which both parties base their respective claims and their rejection of the other party's claim on positive international law; whereas political disputes are disputes in which at least one party bases its claim or its defence, not on positive international law, but on the other principles or on no principle at all". Ibidem, p.28. (T. A.)

³⁸Tradução livre de "the effect of such a provision is that every State has it in its power to withdraw any conflict whatever from the jurisdiction of the tribunal and thus rid itself of its obligation to submit at least some of its conflicts with other States the jurisdiction of the tribunal. For the legal or political character of a conflict depends exclusively on the discretion of the parties." (...) "Consequently, the effect of the clause admitting only legal conflicts to the jurisdiction of an international tribunal is to annul the stipulation obliging the State to submit conflicts to the jurisdiction of the tribunal" Ibidem, p. 27. (T. A.).

Tribunal sempre que considerarem a aplicação da lei insatisfatória, seu efeito pode ser contraditória na medida em que pode anular a compulsoriedade da jurisdição.

Para Kelsen, a exclusão das disputas ou conflitos políticos da jurisdição dos tribunais internacionais não pode ser compensada através da submissão dessas disputas à conciliação por vias não judiciais, através de agências como o Conselho da Liga das Nações, pois a conciliação não leva necessariamente a uma solução para o conflito.

Daí a necessidade de um ordenamento de direito positivo poder ser aplicado a qualquer conflito, pois tanto os conflitos políticos quanto os jurídicos podem ser “*justiciable*” no sentido de que eles podem ser objeto de uma sentença judicial que aplique o direito positivo ao caso concreto.

O fato de um Estado-parte considerar que a lei aplicada pelo tribunal a um conflito concreto não é satisfatória não pode ser uma razão legítima para excluí-lo de uma decisão judicial ou da arbitragem. O direito internacional está baseado no reconhecimento de suas normas por parte de todos os Estados da comunidade internacional, inclusive pelas partes conflitantes. É neste reconhecimento que a doutrina baseia a força vinculante do direito internacional.

Kelsen admite, porém, que a jurisdição compulsória de um Tribunal Internacional não exclui o procedimento de conciliação. Se as partes assim concordarem, o conflito pode ser primeiramente submetido a uma comissão de conciliação. Caso ela se revele falha, o tribunal será competente para o julgamento do caso.

A Lei Geral do Tratado do Pacífico de Disputas Internacionais (*General Act of the Pacific Settlement of International Disputes*) (1928) prevê em seu artigo 20 a submissão de disputas políticas à jurisdição de cortes judiciais. Acerca deste Tratado é importante

ressaltar a admissão de reservas prevista no artigo 39. Dentre as admitidas, a mais problemática refere-se às questões que, pela sua natureza, competem exclusivamente aos Estados. Essa reserva é problemática porque poderia dificultar a própria atuação da corte internacional, dependendo do caso.

Para Kelsen, não existem questões que, pela sua natureza, são estritamente da competência interna dos Estados. Portanto, qualquer problema pode se tornar objeto de um tratado internacional, deixando de ser apenas uma questão interna. Assim, não há nada na natureza do caso que possa justificar a exclusão de tal disputa da jurisdição de um tribunal internacional.

II. II. II - A NATUREZA SUPRANACIONAL DA CORTE PENAL INTERNACIONAL E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE SOBERANA DOS ESTADOS COMO BASE DE UMA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA A MANUTENÇÃO DA PAZ: UMA POSSÍVEL INCOMPATIBILIDADE?

A Conferência de Moscou declara o princípio da igualdade soberana como base da organização internacional a ser estabelecida após a 2ª Guerra Mundial. Nos termos dessa Declaração, para que um novo sistema de segurança internacional possa ser efetivado no pós-guerra, é necessário o restabelecimento da ordem internacional, que só ocorrerá através do direito internacional enquanto um conjunto de normas cogentes, estabelecidas acima dos Estados.

Será possível a criação desse direito internacional regulador das relações interestatais, dotado de normas supranacionais baseado no princípio da igualdade soberana? Será este princípio organizador das relações internacionais no pós-guerra compatível com a natureza supranacional da Corte Penal Internacional Permanente dotada de jurisdição compulsória proposta por Kelsen?

Segundo este autor, igualdade e soberania são duas características reconhecidas dos Estados enquanto sujeitos de direito internacional. Geralmente, a igualdade entre os Estados é vista como consequência do princípio da soberania estatal nas relações internacionais.

Kelsen atenta para o fato de que a compatibilidade entre o direito internacional e a soberania estatal só é possível se tomarmos a soberania na sua acepção relativa e não absoluta. Ou seja, a soberania estatal - definida como suprema autoridade - deve ser relativizada no âmbito do direito internacional. Assim, o princípio da igualdade soberana não é incompatível com o direito internacional uma vez que a soberania dos Estados enquanto sujeitos deste direito corresponde à autoridade legal daqueles subordinada à autoridade do direito internacional. Portanto, os Estados são soberanos em suas relações uns com os outros, porém sua soberania é relativa ao direito que regula as relações interestatais. Em suas palavras,

se o termo soberania significa autoridade 'suprema', a soberania dos Estados enquanto sujeitos de direito internacional não pode ser absoluta, mas sim apenas uma autoridade relativamente suprema; a autoridade legal dos Estados é suprema na medida em que não é sujeita a autoridade legal de outro Estado.³⁹

A soberania estatal se revela no plano das relações interestatais, regulada através do direito internacional. Contudo, a soberania de um Estado não pode ser exercida sobre o direito interno de um outro Estado. Isto porque, de acordo com o direito internacional, a soberania do Estado é sua independência legal com relação a outros Estados. Assim, ela só pode ser limitada pelo direito internacional, mas não pelo direito interno de um outro Estado.

³⁹Tradução livre de "if sovereignty means "supreme" authority, the sovereignty of the States as subjects of international law cannot be an absolutely, but only a relatively supreme authority; the State's legal authority is "supreme" insofar as it is not subjected to the legal authority of any other State" Ibidem, p. 35. (T. A.).

A soberania relativa dos Estados pode ser observada nos casos de tratados internacionais que estabelecem tribunais internacionais. Aqui, não se pode afirmar que todas as decisões do tribunal são adotadas com o consentimento de todas as partes contratantes e que, conseqüentemente, nenhuma decisão é adotada contra ou independentemente da vontade de qualquer um dos Estados-membros do tratado. Muitas vezes, as decisões tomadas, através de votação de maioria pelos Estados-membros, representados ou não, pelo corpo executivo de uma determinada agência internacional não correspondem à vontade de um certo Estado-membro. Contudo, este deve acatar a essa decisão específica, ainda que não concorde com ela, tendo em vista que faz parte do tratado.

Assim, a incompatibilidade entre o princípio da igualdade soberana dos Estados e o direito internacional deriva da definição absoluta de soberania; o que significa que algo é incompatível com os interesses e desejos políticos de um determinado Estado e não impossível do ponto de vista lógico. Portanto, essa não é uma impossibilidade lógica como supõem aqueles que baseiam seus argumentos no conceito absoluto de soberania, mas é, talvez possível, que seja indesejável.

Da compatibilidade entre o princípio da igualdade soberana e o direito internacional, através da relativização do conceito de soberania, decorre a possibilidade da quebra de fronteiras entre o direito, nacional e o internacional e, conseqüentemente, a possibilidade da centralização da organização mundial dos Estados.

Através do estabelecimento de uma agência dotada de um verdadeiro Poder Legislativo, constitui-se uma comunidade internacional; o que difere de qualquer outra comunidade internacional no que diz respeito ao grau de sua centralização. Contudo, essa

também é apenas uma diferença relativa e não absoluta, visto que até mesmo a comunidade centralizada é baseada num tratado internacional e conseqüentemente também possui um caráter internacional. Não pode se dizer que devido a sua centralização, tal comunidade é um Estado e, portanto, deixa de ser uma comunidade internacional.

Uma vez que, na visão de Kelsen não há uma fronteira absoluta entre as esferas do direito, interno e do internacional, também não há um limite específico entre os dois tipos de comunidade respectivamente interna e internacional. Para ele, o direito nacional pode emergir do direito internacional no caso de um Estado federativo estabelecido por um tratado internacional. Tal constituição seria nacional por configurar-se a base legal do Estado e seria internacional pelo fato de seu conteúdo ter sido estabelecido através de um acordo externo.

Nesse sentido, Kelsen argumenta que

somente o prejuízo dogmático da interpretação dualista da relação entre o direito internacional e o interno pode prevenir o reconhecimento desse fato. Nem o fato de que um tratado estabelecendo uma agência legislativa restringe a liberdade de ação dos Estados contratantes, nem o fato de que a comunidade constituída por esse tratado é mais centralizada do que outras comunidades internacionais justifica o argumento de que o estabelecimento de uma agência legislativa é incompatível com a natureza do direito internacional, ou, o que dá no mesmo, com a soberania dos Estados. Mas talvez isso seja incompatível com o interesse de Estados cujos governos não desejem ser recusados para concluir um tratado que constitua uma comunidade centralizada.⁴⁰

Dessa maneira, os tribunais internacionais são os únicos órgãos internacionais que não estão sujeitos à regra de que nenhum Estado pode ser legalmente obrigado contra sua

⁴⁰Tradução livre de “*only the dogmatic prejudice of a dualistic interpretation of the relationship between national and international law can prevent recognition of this fact. Neither the fact that a treaty establishing a legislative agency restricts the freedom of action of the contracting States, nor the fact that the community constituted by such a treaty is more centralized than other international communities are justifies the argument that the establishment of a legislative agency is incompatible with the nature of international law, or, what amounts the same, with the sovereignty of States. But it may be incompatible with the interest of the States whose governments do not wish to be refused to conclude a treaty constituting a centralized community*”. Ibidem, pp. 40 e 41.

vontade. Essas agências são competentes para adotar decisões através do voto de maioria e suas decisões são vinculantes (ou seja, têm força de lei) acima dos Estados que estabeleceram o Tribunal através do tratado internacional.

A princípio, um juiz internacional deve ser independente, em particular, do Estado pelo qual foi indicado. Essa indicação realizada por uma autoridade não implica necessariamente que o juiz deva ficar sujeito àquela autoridade. Ao contrário de um membro de um governo internacional que representa seu Estado, um juiz internacional só pode ser assim intitulado se não estiver legalmente preso ou vinculado às instruções do governo que o indicou.

Segundo Kelsen, a independência e imparcialidade dos juízes são requisitos fundamentais para o exercício de sua jurisdição. Além disso, são características compatíveis com a soberania e igualdade entre os Estados. Isso significa que os juízes dos tribunais internacionais são competentes somente para aplicar o direito internacional aos conflitos que devem julgar, não podendo impor novas obrigações ou conferir novos direitos ao Estado autor da ação. Conseqüentemente,

o estabelecimento de uma corte dotada de jurisdição compulsória não é incompatível com esse princípio na medida em que a corte aplica o Direito internacional positivo às disputas submetidas às suas decisões. Isso também é válido para as decisões dos conflitos políticos. Se aos Estados não é permitido solucionar conflitos por meio do uso da força, e se cada Estado é obrigado a submeter qualquer disputa a uma decisão judicial quando a parte contrária apela da decisão, então os Estados são obrigados a tratar todas as disputas como disputas legais.⁴¹

Assim, a criação de uma jurisdição compulsória não extingue a equidade soberana entre os Estados no sentido em que este termo é largamente empregado. A possibilidade

⁴¹ Tradução livre de “Consequently, the establishment of a court with compulsory jurisdiction is not incompatible with this principle insofar as the court applies positive international law to the disputes submitted to its decision. This holds true also with respect to the decisions of political conflicts. If States are not allowed to settle disputes by the employment of force, and if each State is obligated to submit any dispute whatever to judicial decision when the other party appeals to the court, then States are obliged to treat all their disputes as legal disputes”. Ibidem, p. 44.

de disputas irresolúveis que configuram um perigo constante à manutenção da paz é eliminada através da jurisdição compulsória uma vez que não importa se a lei a ser aplicada a um determinado conflito é ou não considerada contrária ou insatisfatória face aos interesses de um ou de outro Estado-parte do conflito. A lei será aplicada de uma ou de outra forma. *“O estabelecimento da jurisdição compulsória de disputas internacionais é um meio, talvez o mais efetivo deles, de manter o direito internacional positivo”*.⁴²

Contudo, Kelsen atenta para o fato de que a corte dotada de jurisdição compulsória não julgará os casos somente com base no direito positivo, mas também nos princípios de equidade e justiça quando necessário. Nesse caso, como essa aplicação pode gerar uma nova obrigação ao Estado considerado culpado, e conseqüentemente um novo direito conferido ao Estado dito vitorioso, talvez o estabelecimento de uma corte com esse caráter de jurisdição possa vir a ser considerada incompatível com a equidade soberana entre os Estados. Para Kelsen, apesar de não poder ser considerado um argumento decisivo contra a compatibilidade entre essa instituição e esse princípio, não se pode prever que esta corte aplique apenas as normas positivas do direito internacional.

A visão de que a submissão a uma decisão judicial de um tribunal internacional não é incompatível com o princípio da equidade soberana se deve ao fato de que as decisões judiciais são objetivas e imparciais e de que elas não são decretos políticos editados de acordo com o princípio que nega a lei. Após defender a compatibilidade entre um tratado internacional e o princípio da igualdade soberana entre os Estados, Kelsen coloca que a experiência da Liga das Nações confirma a necessidade de criação de uma

⁴² Tradução livre de *“The establishment of compulsory adjudication of international disputes is a means, perhaps the most effective means, of maintaining positive international law”* Ibidem, p. 45.

corte internacional dotada de jurisdição compulsória para a manutenção da paz internacional no pós-guerra.

II.II.III- O CARÁTER COMPULSÓRIO DA JURISDIÇÃO DA CORTE E A RESPONSABILIZAÇÃO INDIVIDUAL DOS CRIMINOSOS

De acordo com a proposta kelseniana, os requisitos para que o funcionamento da Corte seja bem sucedido são: a jurisdição compulsória e a responsabilização individual dos criminosos. No que diz respeito ao primeiro requisito, *“tal reforma só terá sucesso se baseada num tratado constituinte de uma Liga de Estados cujo órgão principal seja um tribunal dotado de jurisdição compulsória (...)”*.⁴³

Segundo o autor, a responsabilização individual de pessoas que, enquanto membros de um governo, violaram a lei sediando ou provocando um conflito internacional, constitui um dos meios mais eficazes de se prevenir uma guerra e garantir a paz interna. Esta responsabilidade individual deve ser estabelecida através da previsão de atribuição de penas aos eventuais culpados pelas práticas de violações de Direito internacional. Para ele,

se um tribunal internacional é estabelecido com competência para determinar sanções não somente contra Estados pelas violações de direito internacional, mas também contra indivíduos responsáveis por tais violações, não é necessário conferir a esse tribunal, como no caso dos tribunais de primeira instância, jurisdição sobre indivíduos acusados de terem violado o direito internacional por atos que não possuem caráter de atos de Estado. Se seus Estados, como no caso mencionando acima, são obrigados a puni-los e não o fazem, o Estado violado e seu respectivo órgão responsável está na posição de levar o Estado violador à jurisdição do tribunal internacional.⁴⁴

⁴³ Tradução livre de *“such a reform can be carried out successfully only on the basis of a treaty constituting a League of States whose main organ is a court endowed with compulsory jurisdiction (...)”*. Ibidem, p. 114.

⁴⁴ Tradução livre de *“If an international court is established competent to decree sanctions not only against States for violations of international law, but also against individuals responsible for such violations, it is not necessary to confer upon this court, as to a tribunal of first instance jurisdiction over individuals accused of having violated international law by acts which have not the character of acts of State. If their State, as in the case mentioned sub I, is obliged to punish them, and it does not fulfill this obligation, the*

A diferença entre a responsabilidade individual e a coletiva consiste no fato de que, para o Direito Penal moderno, a punição implica em responsabilização pessoal pelo cometimento do crime enquanto que, para o Direito Internacional a sanção assume a forma de responsabilização coletiva pelo ato criminoso cometido. Portanto, em contraposição ao Direito Penal moderno que impõe a punição apenas ao transgressor da norma, o Direito Internacional impõe a punição à coletividade na medida em que a aplica aos cidadãos de um determinado Estado. Nesse caso, dizer que o Estado é responsável pelos seus atos significa dizer que os sujeitos desse Estado são coletivamente responsáveis pelos atos que os órgãos deste Estado cometeram.

Kelsen aponta três tipos excepcionais de responsabilização individual: a estabelecida pelo direito internacional geral, a pelo direito internacional particular e àquela referente a atos de Estado.

Na primeira hipótese, violações ao direito internacional podem ser cometidas por atos de pessoas privadas no território de um determinado Estado A, porém de forma injuriosa para outro Estado B. Não são atos do Estado A, mas atos pelos quais este Estado em cujo território foram cometidos é responsável no sentido de estar obrigado a preveni-los e, não sendo possível essa prevenção, ser obrigado a punir os infratores e compeli-los a ressarcir os danos causados. Ao punir os perpetradores, o Estado executa direito internacional mesmo se a lei nacional também for aplicada aos acusados.

A responsabilidade individual por violações ao direito internacional estabelecida através de tratados internacionais configura o segundo caso, de direito internacional

injured State is in a position to bring the guilty State and its responsible organ to justice before the international court“. Ibidem, p. 121.

particular. De acordo com a Teoria Geral do Direito internacional, uma pessoa que, a serviço do Estado, violou uma norma de direito internacional não é responsável individualmente. Contudo, mediante acordos internacionais, estas pessoas podem ser responsabilizadas. Nesse caso, um indivíduo que, em sua capacidade enquanto órgão do Estado A, violou uma norma de direito internacional pode ser responsabilizado pelo Estado B contra qual cometeu o delito (ato do Estado A), desde que haja consentimento deste A, devidamente estipulado através de acordo entre ambas as partes. Então, a execução do direito internacional no interior dos Estados A e B se dão através de sua transformação em direito interno, o que é muitas vezes imposto pela constituição nacional.

A terceira hipótese encontra suas raízes no debate acerca da possibilidade de responsabilização dos autores da 2ª Guerra Mundial pelas violações aos direitos humanos cometidas. Após o término desta guerra, a opinião pública demandou que os autores da guerra - pessoas que, enquanto órgãos estatais, desconsiderando os princípios da Teoria Geral do Direito Internacional ou não reconhecendo os tratados internacionais, sediaram ou provocaram a guerra, ou seja, indivíduos que foram moralmente responsáveis por ela - fossem legalmente responsabilizados pelos Estados vítimas. Segundo Kelsen, para que essa responsabilização individual das pessoas esteja de acordo com o direito internacional, esses atos devem ser considerados como atos de Estado, atos do governo ou exercidos sob seu comando ou mediante sua autorização.

A princípio, a definição legal do termo “ato de Estado” é a de que este ato deve ser imputado ao Estado e não ao indivíduo que o cometeu. Assim, é o Estado que tem de ser responsabilizado pelo ato (mesmo que este ato tenha sido materialmente realizado por

um indivíduo).⁴⁵ Isto significa que, no plano do direito internacional, o Estado vítima deste ato está autorizado a recorrer à guerra ou represálias contra o Estado agressor. Tal sanção, como já mencionada anteriormente, implica na responsabilidade coletiva e não individual. O mesmo princípio vale para o direito interno. Um indivíduo não é responsável pelo seu ato se este for um ato de Estado, ou seja, se o ato não for imputável ao indivíduo, apenas ao Estado.

Apesar do Estado vítima do ato praticado por outro Estado poder aplicar sanções às violações que lhe foram feitas, ele não pode julgar o indivíduo do Estado agressor que cometeu o ato violador porque a aplicação da sua jurisdição a outro Estado é considerada uma violação à regra geral de direito internacional de que nenhum Estado está sujeito à jurisdição de um outro Estado.

A imunidade à jurisdição de um outro Estado não é vinculada à pessoa do Estado agressor. Conseqüentemente, o princípio aplica-se não só quando o réu é expressamente designado como Estado A ou “pessoa” do Estado A, mas também quando o réu é um indivíduo processado pessoalmente por um ato cometido por ele como um ato do Estado A. Segundo o Direito internacional, a responsabilidade coletiva do Estado pelos seus próprios atos exclui a responsabilização individual da pessoa que, enquanto membro do

⁴⁵ No que diz respeito à responsabilização individual, é necessário distinguir violações ao Direito internacional por atos do Estado e violação por atos que não têm esse caráter. Com relação aos primeiros, pode-se distinguir 4 grupos de ofensas: 1) Iniciar, sediar uma guerra sem considerar os princípios gerais do Direito internacional ou o Pacto de Briand Kellog; 2) Provocar uma guerra cometendo um delito internacional contra o qual a guerra é uma justa reação; 3) Violar as regras da guerra justa; 4) Violar as normas gerais ou os tratados de direito internacional. Quanto às violações ao direito internacional através de atos de indivíduos não de Estados, também são divisíveis em 2 grupos: 1) Atos que os Estados aos quais os indivíduos são sujeitos, são obrigados a punir; 2) Atos que os Estados aos quais os indivíduos são sujeitos, não são obrigados a punir, mas também nem todos os Estados nem os Estados vitimados são autorizados pelo direito internacional a punir ou contra os quais eles são autorizados a impor uma sanção não tendo exatamente um caráter de punição.

governo, sob o comando ou mediante autorização deste, cometeu aquele ato. Esta é uma consequência da imunidade do Estado A à jurisdição de um outro Estado.

Nesse caso, não há diferença entre o chefe de Estado e outros oficiais de Estado no que diz respeito à aplicação das regras de Direito internacional. O fato do chefe de Estado não poder ser responsabilizado individualmente pelos atos cometidos por ele em sua capacidade enquanto um órgão do Estado não se deve a um privilégio pessoal de exceção à jurisdição criminal e civil de um outro Estado dada aos chefes de Estado, mas sim ao fato de que nenhum Estado pode reclamar sua jurisdição para julgar atos de um outro Estado.⁴⁶ Assim, a responsabilidade individual pelo cometimento de atos de Estado deve ser implicada pela responsabilidade do Estado no sentido de que ele é obrigado, pelo Direito internacional, a punir seus indivíduos e compeli-los a reparar o dano causado ilegalmente. Dessa maneira, punir os autores de guerra significa tornar certos indivíduos responsáveis através de sua punição por atos cometidos por eles mesmos, sob seu comando, ou com sua autorização. Isto não significa punir o Estado enquanto tal.

Somente através de tratados internacionais com o Estado cujos atos devem ser punidos é que as cortes nacionais dos Estados agredidos ou cortes internacionais tornam-se legitimamente capazes para julgar e punir os indivíduos de outro país que cometeram crimes de Estado. Através desses tratados, a jurisdição sobre esses indivíduos seria conferida acima da corte nacional ou internacional. Se essa corte é uma corte nacional, a sua função é indiretamente como a de uma corte internacional. É nacional no sentido de

⁴⁶ Vale ressaltar que o privilégio pessoal de exceção de jurisdição criminal e civil por parte de outro Estado dada aos Chefes de Estado não se dá por atos de Estado cometidos por eles, mas sim por atos cometidos em sua capacidade enquanto pessoa privada. Trata-se de um privilégio pessoal de extraterritorialidade vigente apenas durante o tempo em que está em ofício. Contudo, quando se trata do cometimento de atos de Estado, o Chefe de Estado não pode ser responsabilizado individualmente por outro Estado mesmo após o cumprimento de seu mandato, abdicação ou deposição, desde que o ato tenha sido cometido enquanto ainda cumpria mandato. (N. A.)

sua composição uma vez que a eleição de juízes se faz por parte do governo; e é internacional no que diz respeito à base legal de sua jurisdição.

A lei de um Estado não contém normas que prevêm penas aos crimes de outros Estados que violam o Direito internacional. Apelar para a guerra em detrimento de uma norma de Direito internacional geral ou de um tratado internacional é uma violação de direito internacional, porém não é uma violação do direito penal interno. A lei substantiva aplicada por uma corte competente para punir indivíduos pelo fato de terem cometido guerra só pode ser de direito internacional. Nesse sentido, cabe ao tratado internacional determinar não somente o crime, mas também a punição. Caso esta não seja especificada, cabe ao tratado autorizar a corte a fixar a punição que considera adequada ao caso concreto.

Se uma corte nacional for autorizada e caso a constituição nacional obrigue as cortes nacionais a aplicarem normas criadas pelo Poder Legislativo interno, então as normas de direito internacional autorizando o Estado a punir os indivíduos que, enquanto órgãos de um outro Estado, violaram o Direito internacional, precisam ser transformadas em normas de direito interno do Estado cuja jurisdição os indivíduos estão sujeitos pelo tratado.

Segundo Kelsen, o Direito internacional não proíbe a aplicação de normas com efeito retroativo, as chamadas leis “*ex post faceto*”, e ele defende a existência de normas internacionais dessa natureza porque defende o julgamento e a punição dos autores da 2ª Guerra Mundial. Segundo ele, a base desse tipo de norma é a idéia moral de que não é justo responsabilizar um indivíduo pelo cometimento de um crime se a época dos fatos ele não sabia e nem poderia saber que seu ato era um erro. Contudo, se, à época dos fatos,

aquele ato já era considerado moralmente incorreto, apesar de não ser ilegal, uma lei pode prever *ex post facto* uma sanção a ele. Seria uma sanção apenas legalmente retroativa. Essa lei não é contrária a idéia moral que está na base do princípio em questão. Nesse caso, “*o tratado só transforma sua responsabilidade mora em responsabilidade legal. O princípio da irretroatividade da lei penal não é aplicado de nenhuma forma a esse tratado.*”⁴⁷

De acordo com Kelsen, no plano do direito, a diferença entre a Primeira e Segunda Guerra Mundiais diz respeito ao fato de que quando do início da Segunda, os países do Eixo já haviam se tornado parte do Pacto Briand Kellog, que determinava que recorrer à guerra de agressão era uma violação; e a Alemanha, ao atacar a Polônia e a Rússia violou tal pacto. Assim, as investigações sobre a autoridade da 2ª Guerra Mundial não deveriam suscitar maiores problemas.

À época, a demanda pública expressava o desejo de responsabilizar não somente os autores da guerra, mas também trazer à justiça os criminosos de guerra, ou seja, as pessoas que violaram as normas da “guerra justa”. Esta demanda tem um papel muito importante na Declaração de Moscou.

Apesar de quase todos os atos de guerra, inclusive os legitimados de acordo com as regras de guerra justa constituírem crimes de acordo com o Direito penal, atos legitimados pelo princípio de guerra justa não são puníveis pelas cortes dos Estados cujos sujeitos são vítimas. Por isso, um Estado que pune soldados que cometeram assassinatos e praticaram incêndio doloso, enquanto membros das Forças Armadas de um país reclamando jurisdição viola o Direito internacional. Mas o que destitui esses atos de seu

⁴⁷ Tradução livre de “*The treaty only transforms their moral into a legal responsibility. The principle forbidding ex post facto laws is, in all reason, not applicable to such a treaty.*” Ibidem, p. 88. (T. A.).

caráter penal? O que exclui a responsabilização criminal dos indivíduos que cometeram esses atos? Segundo Kelsen, tais atos só são legítimos quando exercidos de acordo com o Direito internacional. Dessa maneira, ainda que um ato seja tipificado enquanto crime pelo direito interno, caso não seja proibido pelo direito internacional -o que o torna permitido em seu sentido negativo- não constitui crime do ponto de vista desse direito. Contudo, caso o ato seja proibido pelo direito interno e pelo internacional, seu caráter criminal será mantido e a responsabilização penal individual pelo seu cometimento poderá ser aplicada.

Por outro lado, no plano estatal, o direito interno prevê sanções a atos que não são proibidos (ou seja, são permitidos) pelo direito internacional sem violá-lo. Isto porque o fato de um ato tipificado como crime pelo direito interno não ser proibido pelo direito internacional não retira o caráter criminal desse ato no âmbito nacional e, portanto não o exclui a responsabilização criminal dos indivíduos pelo cometimento desses atos.

Baseado na doutrina da “guerra justa”, Kelsen argumenta ser falsa a teoria de que um ato permitido no âmbito do direito internacional não possa ser punido de acordo com o Direito interno, e que, conseqüentemente, um ato proibido pelo direito internacional deva ser punido de acordo com o direito interno. Atos de “guerra justa” cometidos pelos membros das Forças Armadas envolvidos numa guerra injusta proibida pelo direito internacional ou por um tratado como o *Briand-Kellog* não podem ser considerados permitidos, nem no sentido positivo, nem no negativo, uma vez que a guerra como tal é proibida e, conseqüentemente, todos os atos singulares que em sua totalidade constituem a guerra devem ser considerados proibidos.

A jurisdição criminal por parte do Estado capturador de prisioneiros de guerra constitui uma exceção à regra, segundo a qual os membros das Forças Armadas de Estados estrangeiros estão isentos da jurisdição do território em que se encontram. Esta exceção é baseada no princípio da territorialidade estatal. Dentre as restrições desse princípio, o da imunidade de Estados estrangeiros está em primeiro lugar porque a persecução criminal de um indivíduo por um ato que ele exerceu enquanto ato desse Estado estrangeiro é dirigida contra esse próprio Estado.

A criminalização dos atos por parte do direito interno e do direito internacional bem como a responsabilização individual e coletiva pelo cometimento de violações ao direito penal interno dos Estados ou ao direito internacional são amplamente discutidas por Kelsen na segunda parte de sua obra.

Não é nosso interesse dar maior atenção a esse assunto. Não obstante, consideramos relevante apresentar essas questões até aqui por acreditarmos que é justamente a partir dessa discussão que Kelsen propõe a necessidade de criação de um Tribunal Penal Internacional Permanente dotado de jurisdição compulsória a fim de julgar indivíduos e não Estados acusados de cometerem graves crimes de guerra, contra a humanidade, e de agressão.

Para Kelsen, crimes de guerra são considerados tanto violações contra o Direito internacional quanto ao nacional. A aplicação do direito interno a criminosos de guerra é simultaneamente a execução do direito internacional. O direito nacional é um estágio intermediário criado necessariamente pela Constituição do Estado autorizando as cortes a aplicarem somente normas criadas pelos órgãos legisladores do Estado, se não houvesse essa restrição constitucional, o direito internacional teria aplicação automática.

Além disso, Kelsen aponta a dificuldade das cortes nacionais dos Estados julgarem seus comandos superiores. Uma vez que um ato de Estado constitui um problema de direito internacional que, em regra exclui responsabilidade individual, quem deve ser punido, então?

Do ponto de vista militar, o privilégio deve ser admitido sob o argumento de que a disciplina só é possível quando baseada na obediência incondicional do subordinado ao seu superior⁴⁸ e a obediência do subordinado tem o seu complemento necessário na responsabilidade exclusiva do superior. De acordo com a legislação de alguns países, o privilégio do comando superior só pode ser rejeitado se o comando tiver sido manifestamente e indiscutivelmente contrário à lei, o que é muito difícil de ser comprovado. Kelsen afirma que a questão se torna ainda mais relevante quando a idéia de justiça que é a base do direito penal nacional e particularmente a base do direito penal militar, é certamente desfavorável à perseguição dos indivíduos que cometem crimes de guerra sob as ordens de comando superior.

De acordo com a visão geralmente aceita, um Estado beligerante exerce sua jurisdição sobre prisioneiros de guerra por crimes de guerra cometidos diante da captura. Cortes nacionais militares que exercem essa jurisdição sobre prisioneiros de guerra são confrontadas com a dificuldade que é no mínimo questionável se tribunais militares podem perseguir inimigos criminosos de guerra após a conclusão da paz. A Convenção de Genebra (1929) que trata dos prisioneiros de guerra, prevê que sejam soltos ao fim da

⁴⁸ O artigo 347 do Basic Field Manual: rules of land Warfare (FM 27-10) publicado pelo Departamento de Guerra dos Estados Unidos em 1940 estipula que *"individuals of the armed forces will not be punished for these offenses in case they are committed under the orders or sanction of their government or commanders. The commanders ordering the commission of such acts, or under whose authority they are committed by their troops, may be punished by the belligerent into whose hands they may fall."* E mais, *"the execution of a legal command can never be punished as a crime."* (N. A.)

guerra, mesmo que tenham sido sentenciados por cometerem crimes de guerra ou mesmo que o tempo de prisão não tenha acabado.

Diferentemente desse dispositivo, reza o artigo 228 do Tratado de Paz de Versailles:

*O Governo Alemão reconhece o direito dos Aliados e de seus Poderes associados a levarem aos tribunais militares pessoas acusadas de terem cometido atos de violação aos direitos e costumes de guerra. Tais pessoas devem ser sentenciadas ao cumprimento de pena legal, se consideradas culpadas.*⁴⁹

De acordo com Kelsen, a função deste artigo é estender a jurisdição aos crimes de guerra que tenham caráter de atos de Estado e responsabilizar indivíduos pelo cometimento desses atos. Sem o consentimento do governo germânico conferido no artigo 228 supracitado, os tribunais militares dos aliados e dos poderes associados não teriam direito de julgar pessoas por crimes de guerra após a conclusão da paz. Portanto, a não exclusão de julgamento dos atos de Estado fez com que o governo alemão acabasse por concordar com a persecução de seus nacionais por parte dos tribunais militares de seus inimigos por todos os atos cometidos em violação às normas e costumes da guerra, tenham sido eles tido caráter de ato do Estado ou não.

Apesar de favorável, do seu ponto de vista da moralidade, ao julgamento dos alemães pelas atrocidades cometidas durante a 2a GM pelo fato de terem violado as regras da “guerra justa”, Kelsen questiona a validade de tribunais *ad hoc*. Isto porque, nesses quase sempre não há o objetivo de se promover a justiça, mas sim de vingança. No

⁴⁹ Tradução livre de “*The German Government recognizes the right of the Allied and Associated Powers to bring before military tribunals persons accused of having committed acts in violation of the laws and customs of war. Such persons shall, if found guilty, be sentenced to punishments laid down by law*” Ibidem, p. 109.

caso do tribunal Militar de Nürembergue, o fato de ter sido o julgamento dos vencidos pelos vencedores da guerra implicou na total parcialidade do julgado.

Ele assevera que

não há dúvidas de que um tribunal internacional é muito melhor adaptado para julgar crimes de guerra do que um tribunal civil ou militar. Agora só um tribunal internacional- internacional não só que diz respeito a sua base legal, mas também a sua composição – pode estar acima de qualquer suspeita de parcialidade. Tribunais nacionais e em particular tribunais militares nacionais são inevitavelmente abertos a suspeitas.⁵⁰

Dessa maneira, argumenta que

A punição de crimes de guerra deveria ser um ato de justiça internacional (...) Somente se os vitoriosos se submeterem a mesma lei que eles pretendem impor aos Estados vencidos, a idéia de justiça internacional será preservada.⁵¹

Assim, propõe que

tal mal-uso da lei pode ser evitado através da transferência da punição de criminosos de guerra a um tribunal internacional que comece suas atividades depois da conclusão da paz e conseqüentemente é uma posição para preencher seu objetivo numa atmosfera não contaminada pelas paixões da guerra. A internacionalização dos procedimentos legais contra crimes de guerra teria a grande vantagem de tornar a punição, numa certa extensão, uniforme.⁵²

Em suma, os requisitos de um TPIP proposto por Kelsen para ser criado logo após a 2ª GM deveriam ser:

- 1) Qualquer Estado, como membro da Liga tem de se comprometer a entregar os indivíduos criminosos para julgamento no TPIP.
- 2) O TPIP decidirá sobre a liberdade ou aprisionamento do réu.

⁵⁰ Tradução livre de “*there can be little doubt that an international court is much more fitted to be authorized to try war criminals than a national civil or military court. Now only an international court - international not only with respect to its legal basis but also with respect to its composition- can be above any suspicion of partiality. National courts, and in particular national military courts, inevitably are open to suspicion*”. Ibidem, p. 111. (T. A.).

⁵¹ Tradução livre de “*the punishment of war criminals should be an act of international justice (...) Only if the victors submit themselves to the same law which they wish to impose upon the vanquished States will the idea of international justice be preserved*” Ibidem, p. 115. (T. A.).

⁵² Tradução livre de “*such misuse of the law can be avoided by transferring the punishment of war criminals to an international tribunal which commences its activity after the conclusion of peace and consequently is a position to fulfill its task in an atmosphere not poisoned by the passions of war. Internationalization of the legal procedure against war criminals would have the great advantage of making the punishment, to a certain extent, uniform*”. Ibidem, p. 114. (T. A.).

- 3) O Estado no qual o TPIP será sediado deve dispor de todos os meios necessários para o efetivo procedimento judicial, tal como um cárcere, um grupo de funcionários e guardiões da custódia dos prisioneiros e etc.
- 4) As ordens e sentenças do TPIP devem ser executadas pelo Estado designado pelo TPIP. Se o Estado falhar no cumprimento da sentença ou ordem, as sanções coletivas previstas pela Convenção constituindo a Liga como uma comunidade judicial devem entrar em ação.

Como sabemos o TPIP não foi criado naquela época. Apesar das inúmeras discussões acerca da necessidade de sua criação desde o período pós-guerra até, e principalmente, após a implementação dos Tribunais *ad hoc* para Ex-Iugoslávia e Ruanda o Estatuto de Roma do TPIP só foi criado em 18 de fevereiro de 1998 e efetivado em 12 de abril de 2002. E este será objeto que analisaremos posteriormente em nosso trabalho.

III - AS CRÍTICAS À TESE KELSENIANA FEITAS POR ZOLO

De acordo com o filósofo jurista italiano Danilo Zolo, as premissas que Kelsen associa à primazia do direito internacional, já apresentadas anteriormente nesse texto, foram amplamente criticadas tanto em termos formais quanto no que diz respeito ao conteúdo valorativo. Para ele,

é evidente que a opção pela primazia do Direito internacional contra a idéia da soberania dos Estados-nações em Kelsen é, apesar da chamada pureza neo-kantiana de sua ciência, um escolha ideológica e política carregada de decisões metodológicas, suposições valorativas e implicações morais.⁵³

⁵³ Tradução livre de “*it is accordingly clear that the option in favour of the primacy of international law against the idea of the sovereignty of nation-states in Kelsen is, despite the claimed neo-Kantian purity of his science of law, an ideological and political choice loaded with methodological decisions, value assumptions and moral implications.*” ZOLO, Danilo, Hans Kelsen. International Piece through International Law?” in *European Journal of International Law*, vol. 19, número. 2. (T. A.).

Kelsen associa a primazia do direito internacional a uma ideologia pacifista, anti imperialista a fim de se opor à lógica do poder do individualismo moderno. Todavia, para Zolo, ao se referir a noções como *'imperium romanum'* ou *'civitas maxima'* nos tempos atuais, isso pareceria ser difícil de associar com idéias antiimperialistas ou pacifistas. Ademais, elas aparentam estar historicamente ultrapassadas com o colapso da República Cristã, com o fim do Império Medieval e a afirmação de um sistema pluralista moderno de Estados soberanos, a partir da Paz de Vestifália.

Para Zolo, não há dúvidas de que Kelsen abusa da analogia ao direito interno quando julga como primitivo o estágio no qual se encontra o direito internacional atualmente. Por isso, ele assume que, a fim de se desenvolver, ou seja, tornar-se totalmente legal, o direito internacional tem de atingir o mesmo critério daqueles que determinam a natureza legal de um sistema normativo estatal. Apesar do monopólio do uso da força física legítima ser indubitavelmente um fator do sistema legal estatal e não internacional, não se pode negar que há sistemas normativos eficazes que aplicam sanções sem recorrer à coerção física ou mesmo ameaça disso. *“Em outras palavras, pode-se dizer que, na medida em se opõe à soberania estatal, o monismo legal e político de Kelsen tende a conceber o sistema legal internacional precisamente como uma forma de Estado”*.⁵⁴

Além disso, há muitas críticas com relação a tentativa kelseniana de incorporar a teoria da guerra justa em sua teoria pura do direito tendo em vista seus ideais antiimperialistas e pacifistas. Em sua obra *“Principles of International Law”*, apesar de defender a doutrina da guerra justa, Kelsen reconhece que a aplicabilidade prática da

⁵⁴Tradução livre de *In other words, one might say that Kelsen's legal and political monism tends, at the very point where it opposes state sovereignty, to conceive of international legal system as precisely a state form*. Idem, p. 13. (T. A.)

teoria é problemática na ausência de uma autoridade superior, neutra, investida de poder para determinar quais casos de guerra são justos e quais são injustos. Reconhece também como igualmente séria a objeção baseada no argumento de que apenas um Estado que é mais forte que seu adversário está em posição de se utilizar da guerra como instrumentos legítimos de coerção.

No que diz respeito à equidade legal dos Estados, Zolo argumenta que Kelsen a toma “*não só como um princípio legal mas também como um ideal ético incontestável da cultura moderna (...) é uma suposição abstrata que pode permanecer sem efeito para o desenvolvimento de normas internacionais positivas.*”⁵⁵

Todavia, para Zolo, o ponto mais importante a ser discutido e que foi negligenciado por críticos de Kelsen, é o contraste evidente entre a demanda kelseniana para que os indivíduos venham a ser considerados como sujeitos de direito internacional e a idéia de que a guerra pode ser uma sanção justa do direito internacional contra os Estados (e seus cidadãos) que houverem se utilizado da força de maneira errada.

Entendida como sanção, a guerra nada mais é que a execução da punição coletiva de todos os indivíduos que agem dentro de organizações militares do Estado a ser punido. Contudo, Zolo chama atenção para o fato de que, em tempos modernos,

a sanção da guerra atinge indiscriminadamente não apenas aqueles responsáveis por condutas julgadas por criminosas, mas também um vasto número de cidadãos inteiramente externos a essas decisões e operações de guerra e possivelmente até mesmo vítimas de poderes totalitários de uma elite política doméstica que a desencadeou. Partindo do ponto de vista de suas consequências destrutivas- desprovido de regra, medida e proporção- a Guerra moderna não é tão fácil de se distinguir do terrorismo internacional.⁵⁶

⁵⁵ Tradução livre de “*he regards as not only a legal principle but an undisputed ethical ideal in modern culture- is an abstract assumption that may remain without effect for the development of positive international norms*” Ibidem, p. 13. (T. A.).

⁵⁶ Tradução livre de “*the sanction of war indiscriminately strikes not only those responsible for conduct judged as criminal but also the vast numbers of subjects entirely external to the decisions and operations of war, and possibly even victims of the totalitarian power of domestic political elite that unleashed it. From*

Ressalta ainda que “*com argumentos formais similares aqueles usados por Kelsen, alguém pode lançar a idéia da teoria de um “terrorismo justo” enquanto uma sanção legal internacional, sustentando que um ato terrorista pode ser um ato válido.*”⁵⁷

Aponta também que é questionável que Kelsen se mantenha fiel à inspiração democrático-liberal em conceber a guerra como uma sanção penal. O internacionalismo legal kelseniano ignora dois princípios básicos da tradição liberal democrática: a natureza pessoal da responsabilidade criminal e a responsabilidade pessoal para constituir o poder (no caso das eleições para um Parlamento Mundial).

Pode-se dizer que o pacifismo legal de Kelsen engloba duas teses essenciais: uma cosmopolita e uma jurídica. Por um lado, defende o cosmopolitismo baseado na centralização do sistema internacional legal (particularmente dos órgãos sancionadores) com o fim de estabelecer um Estado federativo mundial (visão kantiana). Por outro lado, de maneira original, Kelsen propõe que essa paz só pode ser garantida por uma corte de justiça internacional que opere em relação às disputas entre Estados enquanto um órgão terceiro, supremo e imparcial, provido de uma polícia internacional sob seu comando.

A questão que Zolo propõe em relação a essas duas teses é: será que esta proposta é mais realista que a tradição do pacifismo institucional europeu ocidental?

Nesse sentido, mesmo reconhecendo que centralização política legal deu resultados significativos do ponto de vista da ‘pacificação das’ relações sociais dentro dos Estados-nações europeus, não há nenhuma garantia que concentrando poder punitivo nas mãos de uma autoridade suprema de

the viewpoint of its destructive consequences- devoid the rule, measure and proportion- modern war is not easy to distinguish from international terrorism”. Ibidem, p. 14. (T. A.)

⁵⁷Tradução livre de “*with formal arguments similar to those used by Kelsen on might, then, put forward a theory of ‘just terrorism as an international legal sanction, thereby maintaining that a terrorist act could be a valid legal act’*”. Ibidem, p. 14. (T. A.)

supranacional é o caminho real para a construção de um mundo mais seguro, organizado e pacífico.⁵⁸

Deve-se atentar também para o fato de que a diversidade cultural dos povos não é considerada como relevante visto que Kelsen simplesmente propõe uma uniformização das culturas nos moldes europeus, o que mais uma vez denota a fragilidade de sua proposta. Portanto, não se pode ignorar que a proposta kelseniana de um Estado mundial apresenta todas as conotações culturais do etnocentrismo europeu. Sobre essa questão, Zolo afirma que

deve-se notar que o anivelamento de diferenças culturais e o confronto de sentimentos de pertencimento nacional que Kelsen espera ser uma premissa da unificação legal do mundo pode ser vista com considerável desconfiança por aqueles que pensam que a variedade de culturas e a pluralidade de identidades étnicas e nacionais são fontes antropológicas que não podem ser abandonadas. Esta desconfiança pode se transformar em hostilidade para aqueles que temem que o projeto cosmopolita em esses que teme esse projeto cosmopolita expressa incessantes tendências hegemônicas do Mundo Ocidental.⁵⁹

Ademais, a contundência com a qual Kelsen denuncia a parcialidade do Tribunal de Nurembergue e, depois critica o excessivo poder militar e político dado pelo Conselho das Nações Unidas ao Conselho de Segurança, aponta para a impraticabilidade de seu pacifismo: a sua natureza ilusória. Para Zolo, *“o desapontamento de Kelsen é a prova de que a distinção entre pacifismo judicial e governamental é pouco relevante”*.⁶⁰

Se é certo que Kelsen assume que a corte de justiça deveria ser sempre assistida pelo poderio militar dos Grandes Poderes, sua proposta não traria nada de original, estaria

⁵⁸Tradução livre de “Accordingly, even recognizing that legal and political centralization has given significant results from the perspective of ‘pacifying’ social relations within the European nation-states, there is no guarantee that concentrating sanctioning power in the hands of a supreme supranational authority is the royal road to building a safer, ordered, peaceful world”. Ibidem, p. 19.

⁵⁹ Tradução livre de “it should be noted that the levelling out of cultural differences and the quashing of feelings of national belonging that Kelsen hopes for a premises on legal unification of the world may be seen with considerable distrust by those who think that the variety of cultures and the plurality of ethnic and national identity are anthropological resources not to be abandoned. This mistrust may become hostility in those who fear that cosmopolitan project expresses unquenched hegemonic tendencies by Western World”. Ibidem, p. 20. (T. A.).

⁶⁰ Tradução livre de *Kelsey’s disappointment is the proof that his distinction between ‘judicial’ pacifism and ‘governamental’ pacifism is of little significance*. Ibidem, p. 20.

apenas seguindo a tradição do pacifismo institucional européia desde a Liga das Nações até a formação da ONU. Nesse sentido, é óbvio que um Tribunal Penal Internacional obrigado a recorrer as forças militares das Grandes Potências não poderia ser imparcial, principalmente ao lidar com conflitos que envolvessem uma dessas potências.

Fazendo uma certa analogia satírica, Zolo afirma que essa corte não poderia ser mais ‘imparcial’ que o Conselho de Segurança da ONU, subordinado ao poder de veto de algumas grandes potências ou da OTAN. De fato, a expectativa de Kelsen de que as Grandes Potências seriam rigorosos garantidores do direito internacional por respeitarem e aplicarem o veredicto do Tribunal Penal Internacional, mesmo quando em conflito com seus interesses vitais, é muito otimista, senão muito equivocada do nosso ponto de vista.

Por outro lado, sem se utilizar da força militar das grandes potências, a corte internacional só seria capaz de fazer cumprir suas decisões se ela própria dispusesse de grande poder em suas mãos: um super poder. Isto porque a concentração do poder militar e político nas mãos de uma instituição internacional, seja governamental ou judicial, implica na sua concentração de causas bélicas justas que foram retirados dos Estados-nações .

Não obstante as várias críticas feitas à tese kelseneana, Zolo afirma que

o internacionalismo e o pacifismo de Kelsen produziram uma importante reviravolta na Teoria do Direito internacional e antecipou mais 50 anos muitas das questões que a comunidade internacional está discutindo atualmente: em particular, indivíduos como sujeitos de Direito internacional (e não só Estados) e o uso de um Tribunal Penal Internacional a fim de punir aqueles responsáveis por crimes de guerra e crimes contra a humanidade.⁶¹

⁶¹ Tradução livre de “*Kelsen’s internationalism and pacifism brought about an important turning-point in the theory of international law and anticipated by 50 years many of the issues that the international community are today discussing: in particular, individuals as subjects of international law (and not only states) and the use of international criminal tribunals for the punishment of those responsible for war crimes and crimes against humanity*”. Ibidem, p. 1. (T. A.)

Todavia, segundo essa crítica a fragilidade da teoria internacionalista e pacifista kelseniana reside na sua tentativa de transplantar e propor à toda humanidade sobrevivente no ‘caos’ do século XX a idéia kantiana clássica da harmonia e moralidade universais.

O que deve se pôr em questão nos tempos atuais é justamente a consistência não só da teoria kelseniana da unidade do direito vinculada à primazia do direito internacional mas também do realismo de suas propostas políticas, principalmente no que se refere a construção e efetividade do TPIP enquanto Corte Penal Internacional, que pode vir a atuar de maneira supranacional, porém numa ordem internacional ainda baseada na sociedade de Estados.

CAPÍTULO II- ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DA ORDEM INTERNACIONAL VIGENTE E O LUGAR DO TPIP DENTRO OU FORA DELA

Conforme afirma Andrew Hurrell em sua análise sobre a sociedade internacional e a governança global, *“os argumentos para haver um governo global no sentido forte-quer na forma de um Estado centralizado unitário, quer na de um Estado mundial federalista- permanecem nas franjas dos atuais debates políticos e acadêmicos”*.⁶²

Hurrell coloca que grande parte da política da governança global pode ser compreendida pela convergência de dois desenvolvimentos cruciais. Observa-se primeiramente as crescentes ambições da sociedade internacional e a mudança, ao longo deste século, de concepções minimalistas tradicionais ou de concepções pluralistas da ordem internacional para concepções de alcance muito maior, denominadas por ele de maximalistas ou solidaristas. Em segundo lugar, tem-se o desenvolvimento de exigências para a implementação coercitiva das regras dessa sociedade internacional mais complexa e normativamente ambiciosa, que revela a *“passagem de um solidarismo consensual para um solidarismo coercitivo”*⁶³, nas palavras do autor.

O modo de pensar a ordem mundial nos termos das “condições mínimas de coexistência” influenciou os trabalhos de Hedley Bull, além de refletir a tradição dominante do pensamento europeu que há muito concebia a ordem internacional em termos pluralistas ou minimalistas.

As concepções de ordem elaboradas no interior do sistema clássico de Estados europeus se limitavam à elaboração de regras básicas de coexistência e convivência pacífica entre os vários Estados, enfatizando-se a manutenção de uma ética da diferença,

⁶² HURRELL, Andrew, “Sociedade Internacional e Governança Global” in *Lua Nova- Revista de Cultura e Política*, São Paulo: CEDEC, vol. 46, 1999, pp.55-74; p. 55.

⁶³ Idem, p. 57.

ou seja, da existência de valores morais nacionais distintos. Segundo Michael Walzer, a independência dos Estados é intrinsecamente merecedora de respeito. Indivíduos e comunidades nacionais, possuem o direito natural à autodeterminação e a definir seus sistemas políticos de formas que levem plenamente em conta a particularidade de suas respectivas circunstâncias históricas. Nesta visão, o Estados-nação é legítimo pelo fato de permitir a grupos de indivíduos expressar seus valores, sua cultura, a percepção que possuem de si mesmos. Assim, o sistema de Estados nacionais propiciaria a diversidade de valores e culturas humanas e se justificaria como uma estrutura que garantisse a pluralidade das experiências de vida.

Seguindo esse raciocínio, a construção da ordem deveria se pautar pelo mútuo reconhecimento dos Estados enquanto unidades soberanas, pela criação de certas instituições e regras, que deveriam restringir os conflitos nesse sistema político pluralista e fragmentado. Ambos os requisitos dessa ordem propiciariam uma estrutura de coexistência e convivência baseada no reconhecimento mútuo de Estados como independentes e associados com direitos iguais, no que diz respeito a sua autonomia interna, aos recursos à auto-preservação, e à auto-ajuda em casos de conflitos inevitáveis.

De acordo com essa concepção, as instituições internacionais nunca foram pensadas como tendo a tarefa de promover a paz universal e duradoura, mas apenas mitigadoras de conflitos inevitáveis que surgiriam pela multiplicidade dos Estados-soberanos.

No entanto, desde meados do século XX até os dias atuais, tais visões têm sido sendo ameaçadas por concepções maximalistas que buscam envolver mecanismos e instrumentos mais abrangentes de cooperação a fim de garantir a paz e a segurança

internacionais. Cada vez mais, considera-se que a ordem envolve a criação de normas internacionais que afetam profundamente as estruturas e a organização domésticas dos Estados, investem em indivíduos e grupos de Estados de direitos e deveres, além de buscarem incorporar alguma noção do bem comum global.

Para Hurrel, há dois fatores que explicam essa mudança. Em primeiro lugar, o objetivo de uma ordem mínima tornou-se cada vez mais inadequado, dado o alcance e a gravidade dos problemas e desafios apresentados à sociedade internacional. Devido à ampliação da interdependência e o grau no qual sociedades individuais dependem umas das outras para obter segurança, prosperidade e capacidade para controlar seu ambiente resultam no fato de que a legitimidade dos Estados depende atualmente de sua capacidade de satisfazer um vasto e incrementado leque de necessidades, demandas e exigências.

Em segundo lugar, isso implica na emergência de uma consciência moral cosmopolita, ainda que frágil, mas que demanda maior atenção às questões de Direitos humanos individuais e coletivos, como também à promoção de padrões mínimos de bem-estar e prosperidade humanos mundo afora.

O sistema de Estados não é, obviamente, a única estrutura da ordem mundial. Argumentos poderosos, ainda que exagerados, avaliam a globalização como retirando poder, autoridade e identidades dos Estados. Por um lado, muitas das forças socializantes mais vigorosas no mundo político contemporâneo não emergiram do sistema estatal, mas dos mercados e do poder de seus atores dominantes. Por outro lado, enquanto a sociedade civil transnacional é, em si, uma arena conflituosa, grupos dentro deste cenário se tornaram personagens centrais na política da governança global.

Devido a esses fatos, Hurrel se coloca as seguintes questões como sendo essenciais para a discussão a respeito da ordem mundial: *“fora do sistema interestatal, até que ponto existem instituições ou estruturas institucionalizadas criando ou sustentando a ordem? Haveria importantes funções mantenedoras da ordem, antes assumidas pelos Estados e atualmente não realizadas por ninguém”?*⁶⁴

Para ele, o problema é que as estruturas alternativas mais óbvias à ordem são, ou relativamente frágeis (como no caso da sociedade civil transnacional), ou normativamente falhas (como pode se observar alguns acordos mercantis internacionais). Essa situação cria uma tensão central. Uma das áreas mais importantes em que essa tensão se manifesta diz respeito ao cumprimento obrigatório de normas internacionais.

No plano político de proteção dos direitos humanos no âmbito internacional, a proposta de criação de um Tribunal Penal Internacional Permanente exprime um pouco essa tensão, visto que é uma iniciativa em direção à construção do solidarismo coercivo como nova forma de organização das relações internacionais.

O período pós-Guerra Fria testemunhou crescentes reivindicações por formas mais complexas e coercitivas de aplicação internacional das normas. Presenciamos, desta forma, uma escala ascendente de ações multilaterais tanto das Nações Unidas como dos organismos regionais. A retração do critério de não-intervenção e a inclusão dos direitos humanos e de preocupações humanitárias dentro do compasso das ameaças à paz e à segurança internacionais, permitindo a ação do Conselho de Segurança sob o capítulo VII da Carta das Nações Unidas são elementos importantes mencionados por Hurrel.

⁶⁴ Ibidem, p. 60.

O autor diferencia a expansão do caráter e da ambição normativa da sociedade internacional na busca de um maior grau de cumprimento obrigatório das normas como sendo dois desenvolvimentos diferentes. Argumenta que apesar das concepções pluralistas tradicionais de fato serem inteiramente inadequadas (e não explica o porquê desse argumento), há pelo menos cinco motivos que denotam sérios problemas à possibilidade de se adotar formas mais duras e mais coercitivas de cumprimento das normas.

Em primeiro lugar, Hurrel menciona ser problemática a suposição dos globalistas liberais de que um cumprimento mais coercivo e penetrante tem por base um sólido consenso normativo. O grau de consenso intersocietário em relação a valores centrais é bem menos vigoroso do que a recente retórica e mesmo acordos internacionais deixam transparecer. Os debates após o Tratado de Viena (1969) mostraram que permanecem profundas as diferenças entre as visões ocidental e aquela predominante no mundo islâmico e na Ásia acerca da temática dos direitos humanos. A tentativa de vincular tal tema à promoção da democracia trouxe consigo tanto indagações sobre o significado da mesma como inúmeras dificuldades para manejar o complexo relacionamento entre ambos.

Dessa maneira, embora seja indubitavelmente possível encontrar exemplos de convergência de políticas, a sociedade mundial continua marcada por profundas e persistentes diferenças e pelo pluralismo moral.

Além disso, a legitimação de formas diversas de aplicação mais rígida e coercitiva das normas internacionais, cuja eficiência depende da disposição dos Estados poderosos de contribuir, levanta sérios problemas, tais como a duplicidade de padrões, a conduta

auto-interessada dissimulada por roupagens idealistas, a seletividade e a escolha de casos que sirvam somente aos seus próprios interesses.

Hurrel aponta também tensões entre a legitimidade e a eficácia. Afirmar que instituições internacionais surgem tanto para solucionar problemas de ação coletiva como para poupar aos poderosos custos do recurso à coerção. A efetividade dessas instituições é fundada não somente em considerações de vantagens mútuas e de benefícios recíprocos, mas também em considerações de legitimidade, entendendo-se esta em termos da constituição dos atores e da definição das regras de associação dos Estados, e em termos de um processo que exprima alguma noção do que é lícito, justo, e que leve em conta os interesses de Estados mais frágeis e não-dominantes.

A questão da legitimidade se torna cada vez mais problemática na medida em que a ordem internacional se afasta dos tradicionais sistemas “soft” de cumprimento de normas em direção tanto a medidas mais rigorosas de aplicação coercitiva, como em direção a uma contração do que se entende por soberania e não-intervenção e a uma diluição das noções tradicionais de consentimento. Essas questões têm sido mais fortemente discutidas em relação às recentes ações da ONU e aos debates sobre a reforma do Conselho de Segurança. Percepções de ilegitimidade emergem da suposição de que uma instituição é dominada por um grupo restrito de Estados, como resultado do poder de veto nas Nações Unidas ou da votação ponderada nas instituições financeiras internacionais.

Ainda que a reforma consensual do Conselho seja possível, não se deve esperar muitas facilidades. Isto porque a legitimidade não diz respeito apenas as percepções de justiça, mas também à eficácia: reformas que limitem ainda mais a capacidade das

organizações de atuar decisiva e eficazmente podem contribuir para gerar uma crise de legitimidade ainda mais séria.

Em quarto lugar, é importante ser realista quanto aos limites do que se pode ser alcançado pela imposição internacional. Um exemplo vem do campo dos direitos humanos. Com exagerada frequência, julgamentos feitos sobre as deficiências do regime internacional de direitos humanos apontam simplesmente para a ausência do cumprimento obrigatório. Há uma forte suposição, compartilhada por autores liberais e realistas no campo das relações internacionais, segundo a qual bastaria que os Estados e seus respectivos governos desejassem fazer cumprir as normas internacionais para que os direitos humanos fossem respeitados. Não se trata apenas de que o custo da imposição de padrões de direitos humanos, para os principais Estados, superaria os benefícios dos supostos executores, distraíndo-os de objetivos e preocupações da política externa bem mais relevantes. É muito mais o fato de que, a longo prazo, o uso do poder coercitivo externo para dar apoio a sistemas políticos que protegem os direitos humanos está condenado a ser extremamente limitado.

Finalmente, o quinto ponto refere-se à complexa relação entre a promoção de valores globais e o possível aparecimento de novas formas de hierarquia. A ampliação das concepções de ordem não se deve apenas a fatores puramente materiais, mas também reflete os interesses e preferências normativas dos Estados mais poderosos. A crescente agenda dos direitos humanos exemplifica isso muito bem: a elaboração progressiva de três gerações de direitos, depois a conexão entre direitos humanos e democracia, e depois a ligação entre direitos humanos e liberalismo de mercado. No entanto, é impossível enveredar por esse caminho sem confrontar com a questão do relativismo cultural.

A predominância dos conflitos nas relações interestatais em detrimento da paz não é um fato recente. Também não é uma realidade casual. Sem que seja necessário recorrer à história mais remota das nações, a Primeira e a Segunda Guerra Mundiais, o período da Guerra-Fria e os inúmeros conflitos bélicos pós este período no século passado são suficientes para constatar essa veracidade. Desde o período da Guerra-Fria, com o avanço da tecnologia bélica e a criação de armamentos cada vez mais sofisticados e eficientes, a discrepância entre as capacidades dos membros da sociedade internacional é crescente.

Myiamoto e Nasser afirmam que

em um cenário altamente competitivo, marcado por clivagens profundas, e caracterizado por disputas cada vez mais acirradas, a segurança e o desenvolvimento do mundo são pensados de acordo com a ótica das grandes potências. Essas simplesmente se arrogam o direito de ditar o que consideram certo ou errado, muitas vezes de forma maniqueísta, sem se preocupar com critérios de justiça, fazendo ouvidos moucos das opiniões contrárias, mormente das pequenas e médias nações.⁶⁵

Dessa maneira, as grandes potências agem de forma autoritária, se importando apenas e tão somente com a realização de suas próprias vontades, desconsiderando vontades coletivas dos demais Estados-nações, obrigando-os a viver sob suas regras ‘universais’. Sob o pretexto de defender a segurança nacional, regional, e até mesmo internacional, elas criam e recriam a ordem como bem entendem: vezes através de intervenções ditas ‘pacíficas’, vezes recorrendo às guerras e outras mediante a imposição de condições aos demais Estados-nações.

Contudo, apesar de geralmente atingirem seus objetivos, alguns acontecimentos recentes como o atentado do 11 de setembro de 2001 revelam que a atuação das grandes potências gera um descontentamento cada vez mais acentuado por parte dos Estados que

⁶⁵ MYIAMOTO, Shiguenoli, e NASSER, Patrícia, “A ONU e a Paz Mundial: Alcances e Limites”, in *Primeira Versão*, vol. 119, Campinas: IFCH- UNICAMP, fev/ 2003.

deveriam obedecer às regras do jogo e contribui para um aumento das tensões no âmbito internacional.

Como bem descreve Sebastião Velasco e Cruz,

imprevisto como foi, o acontecimento que produziu tamanha ruptura não é estranho ao Estado prévio do sistema em que se inscreve. Não é fruto do acaso. (...) O atentado que abalou o mundo em 11 de setembro de 2001 é a manifestação mais contundente de um fenômeno que resulta das tensões produzidas pelo “velho” mundo e que não desaparecerá enquanto as mesmas não forem devidamente tratadas.⁶⁶

Não obstante a existência de mecanismos que garantem a possibilidade de resolução das controvérsias sem o uso da força e da violência, a condução das negociações no plano internacional tem se pautado frequentemente pela vontade de uma superpotência, ou do reduzido círculo de Estados. Nesse contexto, o campo de atuação das instituições internacionais, inclusive da ONU tende a ser reduzido, conforme convém às partes interessadas nas questões.

A despeito dos que acreditam na possibilidade de construção de um mundo ordenado, pacífico, dotado de um Tribunal Penal Internacional Permanente capaz de garantir a paz através da lei em termos kelsenianos, o uso da força e da violência são constantes das relações internacionais.

Apesar das grandes potências alegarem que as guerras só são realizadas em última instância no caso de esgotamento das possibilidades de resolução dos conflitos através das vias diplomáticas, muitas vezes não há interesse em acioná-las de maneira verdadeira e efetiva. Tal fato pode ser observado com relação à Guerra contra o Iraque. Mesmo sem ter certeza sobre a existência de armas químicas nesse país, os Estados Unidos iniciaram uma verdadeira ação bélica alegando o esgotamento dos possíveis meios de resolução da

⁶⁶ VELASCO e CRUZ, Sebastião, Democracia e Ordem Internaional: Reflexões a partir de um País Grande Semiperiférico, in *Primeira Versão*, Campinas: IFCH/UNICAMP, n. 103, p. 2.

questão. Isto revela que, em situações conflitantes, quando um dos Estados entende não ser interessante ou oportuno tratar a disputa de maneira clara e eficaz através de suas vias diplomáticas -porque isso implicaria na obediência às regras de direito internacional- esse Estado recorre ao uso da força e da violência. Conforme aponta Clausewitz *“a guerra não é somente um ato político, mas um verdadeiro instrumento político, uma continuação das relações políticas por outros meios”*.⁶⁷

Nesse sentido, constata Shiguenoli e Nasser:

no limite, pode-se dizer que a política das grandes potências sempre foi a de criar situações ou a de procurar elementos que justifiquem suas intervenções; na falta desses, agem com desenvoltura, pouco se importando com a anuência da comunidade mundial, fazendo o que melhor sabem fazer: interferir em assuntos domésticos de outras nações, rompendo suas fronteiras, quebrando suas soberanias e atropelando suas instituições.⁶⁸

Dentre as atuações das grandes potências, as dos Estados Unidos nos chama especial atenção. Apesar de se apresentarem à comunidade internacional com um discurso humanitário, tentando convencer a todos que lutam contra as bárbaries e as injustiças, principalmente em Estados sob regimes ditatoriais, buscando promover neles um regime de governo ‘democrático’, suas intenções são outras: combater as concepções de mundo opostas a ele, e que podem colocar em xeque sua hegemonia.

Se a preocupação estadunidense com a promoção da democracia e a defesa dos direitos humanos é tamanha, como explicar sua não adesão à Corte Penal Internacional? Mais ainda, como entender a sua feroz oposição a ela?

De fato, quando o direito internacional lhe é favorável e coincide com seus interesses, é acionado; caso contrário utiliza seu poder e sua força como se fossem instrumentos legítimos para atingir seus objetivos. Aqui reside o motivo de não terem

⁶⁷ CLAUSEWITZ, Carl von, *Da Guerra*, Lisboa: Perspectivas e Realidades, 1976, p. 87.

⁶⁸ MYIAMOTO, Shiguenoli e NASSER, Patrícia, *op. cit.* pp. 7-8.

ratificado o tratado: não querem se ver ameaçados pela possibilidade de julgamento de suas ações por uma Corte supranacional, dotada de jurisdição complementar. Contudo, não abrem mão do privilégio de poderem oferecer denúncias à Corte por serem membros do Conselho de Segurança da ONU.

As diferenças de poder entre os Estados nunca deixaram de existir, revelando-se ora de maneira mais suave, ora mais acentuada e que a correlação desses poderes sempre foi regulada de acordo com a concepção dos mais poderosos, através de acordos e tratados, a postura adotada pelos EUA, pela China, Índia, Japão e Paquistão com relação a não adoção do Tratado do TPIP revela algumas das principais dificuldades com as quais essa Corte terá de lidar: sua legitimidade e eficácia no plano internacional.

O sistema internacional vigente fundado numa comunidade de Estados-soberanos é considerado legítimo por ser fruto de um consenso entre as grandes potências que, ao ditarem as regras de sua organização e funcionamento, obrigam as demais pequenas e médias potências da comunidade a se sujeitarem a essas normas de convivência.

Porém, isto não significa que a ordem não possa ser alterada ou que o sistema internacional permaneça intacto dessa forma, mas sim *“que regras foram estabelecidas a partir de intensas negociações entre as grandes potências, e que a quebra das mesmas enfrentará fortes objeções, se elas forem prejudicadas em seu ‘status’”*.⁶⁹

O debate internacional acerca TPIP revela uma ruptura das negociações entre as grandes potências. Por um lado, a proposta de criação do TPIP, de iniciativa genuinamente européia, reflete os anseios de proteção internacional dos direitos humanos

⁶⁹ Idem, p. 15.

principalmente da Alemanha e da França. Por outro lado, a oposição ao Tratado é manifestada por parte de outras grandes potências internacionais, dentre as quais os EUA. A proposta do TPIP, defendida pela Comunidade Européia enquanto bloco de poder, tendo a adesão de inúmeras médias e pequenas potências requer uma reconfiguração da ordem. Como? Em que termos? Será essa reconfiguração compatível com a realidade das relações internacionais atualmente?

Em seu artigo “*Democracy and New International Order*”, David Held critica a democracia clássica colocando-a como uma das visões de democracia. Ao longo de seu texto, ele examina uma outra dimensão da democracia que se preocupa com a maneira como as resoluções às questões centrais da teoria e prática democráticas são desafiadas pelas forças e processos de interconexão regional e global. Segundo o autor,

o problema é que de nenhuma forma as comunidades nacionais tomam decisões e determinam políticas exclusivamente por si sós e os governos não determinam de nenhuma maneira o que é certo ou apropriado exclusivamente aos seus cidadãos. (...) Contudo, num mundo permeado por uma de interconexão regional ou global, há questões mais importantes a serem feitas acerca da coerência, viabilidade e responsabilidade das próprias entidades decisórias nacionais.⁷⁰

Ao repensar o conceito de democracia e de ordem internacional, Held apresenta um modelo cosmopolita segundo o qual

a democracia só pode ser sustentada em e através de agencies e organizações que formam um elemento que atravessa as fronteiras do Estados-nação . A possibilidade da democracia precisa hoje estar vinculada a uma estrutura de Estados e agencies democráticas em expansão.⁷¹

⁷⁰Tradução livre de *the problem is that national communities by no means make and determine decisions and policies exclusively for themselves, and governments by no means determine what is right or appropriate exclusively for their citizens. (...) “ But, in a world of regional and global interconnectedness, there are major questions to be put about the coherence, viability and accountability of national decision-making entities themselves.* HELD, David, “Democracy and the New International Order”, in *Cosmopolitan Democracy- An Agenda for a New World Order*, edited by ARCHIBUGI, Daniele and HELD, David, Polity Press, 2002, pp.99-100. (T. A.).

⁷¹ Tradução livre de “*democracy can only be sustained in and through the agencies and organizations which form an element of and yet cut across the territorial boundaries of the nation-state. The possibility of democracy today must, in short, be linked to an expanding framework of democratic states and agencies*”. (T. A.) Ibidem, p. 116.

Portanto, nas condições engendradas pelo processo de globalização, a democracia não pode mais ser pensada como forma de organização política apenas no plano nacional. Isto não significa que os princípios democráticos internos deixam de ter sua importância, mas que eles só podem se efetivar na medida em que se transformarem em mecanismos regulatórios das relações entre os Estados da comunidade internacional, através da criação de um ordenamento jurídico genuinamente global.

Dessa maneira, a criação de agências e instituições internacionais enquanto mecanismos regulatórios das relações sócio-político-econômicas da humanidade como um todo é fundamental para o sucesso desse modelo de democracia. Dito de outra forma, a democracia cosmopolita só pode ser totalmente sustentada através de agências e organizações supranacionais, que ultrapassam as fronteiras e as particularidades dos Estados-nações e se afirmam no direito cosmopolita.

Apesar de conceber o direito cosmopolita inspirado por ideais kantianos, Held não o propõe em termos de criação de um governo mundial. A idéia de uma comunidade cosmopolita é pensada de acordo com uma suposta autonomia democrática por parte dos Estados em pretenderem aderir ou não a esse grupo. Baseada, portanto, no princípio de adesão voluntária, a ordem cosmopolita não abarcaria a princípio toda a humanidade. Contudo, esse é o seu objetivo final.

De acordo com Held, essa nova ordem surgiria da associação entre Estados e sociedades e organizações democráticas e se ampliaria com o passar do tempo a partir da adesão de outros Estados. A ampliação dos marcos dessa ordem dependeria essencialmente da promoção das 'vantagens valorativas' desse modelo democrático.

Apesar dos Estados não desaparecerem nem deixarem de ser soberanos, esta soberania seria relativizada face ao engendramento de um novo ordenamento democrático político-jurídico global.

Portanto, o modelo cosmopolita de democracia é *“a base legal de um sistema de autoridade global e ao mesmo tempo dividido- um sistema de diversos centros de poder, modelados e delimitados por um direito democrático.”*⁷²

Dentre os objetivos cosmopolitas que Held elucida em seu texto, encontram-se como implicações políticas em longo prazo *“um sistema jurídico global interconectado, que abarque elementos do direito penal e civil, com mecanismos de coerção do local para o global- o estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional”*.⁷³ Reconhecemos aqui a forte influência de Kelsen sobre os argumentos de Held.

Em contraste com essa visão, Robert Dahl, defensor da concepção pluralista de ordem, argumenta que as organizações internacionais não podem ser consideradas democráticas. Para tal, ele utiliza dois aspectos da democracia: *“democracia enquanto um sistema de controle popular sobre as políticas e decisões governamentais e democracia enquanto um sistema de direitos fundamentais”*.⁷⁴

O primeiro aspecto refere-se a um sistema consistente de: regras para a população, um governo de Estado capaz de atender às demandas populares e prestar contas de sua administração, uma autoridade soberana que decide sobre importantes questões políticas

⁷²Tradução livre de *“the legal basis of a global and divided authority system- a system of diverse and overlapping power centers, shaped and delimited by democratic law.”* HELD, David, *Democracy and the Global Order- From the modern State to Cosmopolitan Governance*, Cambridge: Polity Press, 1995.

⁷³Tradução livre de *“ an interconnected global legal system, embracing elements of criminal and civil law, with mechanisms of enforcement from the local to the global, establishment of an International Criminal Court”*. Idem, p.111.

⁷⁴ Tradução livre de *democracy as system of popular control over governmental policies and decisions, and democracy as a system of fundamental rights*. DAHL; Robert, *Can international Organizations be democratic? A skeptic's view*, in *Democracy Edges*, edited by SHAPIRO, Ian and HACKER-CORDÓN, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 20. (T. A.).

quer seja diretamente através de assembleias populares, quer seja indiretamente mediante seus representantes eleitos. Já o segundo diz respeito a uma extensa gama de direitos, liberdades e oportunidades fundamentais ao controle popular e ao funcionamento das instituições democráticas em si mesmas.

Dahl atenta para o aspecto plural da democracia restringindo a implementação de regras civis, políticas e sociais ao interior dos Estados-nações . Portanto, uma vez que, de acordo com Dahl, a teoria pluralista encontra no Estados-nação o limite de sua validade, não é possível realizar uma análise do Tribunal Penal Internacional Permanente a partir da teoria pluralista.

Nesse sentido, segundo a concepção pluralista de democracia, as organizações internacionais e, conseqüentemente, as instituições supranacionais não são e nem podem vir a ser instâncias democráticas visto que as decisões políticas por elas tomadas não passam pela consulta popular e, assim, não representam efetivamente os interesses dos indivíduos.

Mesmo reconhecendo as possíveis objeções à idéia de democracia cosmopolita, Held defende que o espaço político correspondente a este modelo democrático pode ser feito. Apesar de mencionar as metas que essa democracia deverá atingir a fim de construir uma ordem mundial, como e de que maneira esse espaço poderá ser formado ainda é bastante questionável.

Portanto, o TPIP enquanto instituição supranacional de proteção aos direitos humanos no âmbito internacional encontra no modelo de democracia cosmopolita sua fundamentação teórica. Esta, por sua vez enquanto proposta de *“universalização da democracia liberal como modelo de organização política criada pela globalização, põe*

*em crise a democracia no único lugar onde ela ainda tem vigência no presente, vale dizer, os Estados nacionais”.*⁷⁵

A crise da democracia em seus moldes atuais face à proposta de democracia cosmopolita gera muitos problemas no que diz respeito à configuração da ordem internacional, aos quais este novo modelo não é capaz de responder. No caso do nosso objeto de pesquisa, podemos apresentar algumas questões suscitadas no projeto. Nos marcos jurídicos da ‘sociedade de Estados’ o Estado é soberano para decidir como tratar os seus problemas internos, cabendo aos poderes constituídos a escolha entre punir ou desculpar. Mas como se apresenta o problema em um mundo que esteja dotado de um Tribunal Penal Internacional Permanente - com mandato para indiciar suspeitos, estabelecer culpas e fixar penas - mas desprovido de um governo mundial e legitimidade bastante para perdoar?

Para nós, apesar da proposta de democracia cosmopolita se revelar cada vez mais concreta, dado o desenvolvimento de inúmeras instâncias supranacionais, sua prática em si deixa muito a desejar. De fato, como argumenta Dahl, se já é difícil assegurar a democracia dentro de um país, que dirá em instâncias internacionais.

A criação da sociedade internacional e, especificamente, sua consolidação de forma bem sucedida leva facilmente a divisões entre os integrados e os que estão fora. Havendo uma sociedade internacional, quais são seus limites? Uma vez que não incorpora toda a raça humana, quais são seus princípios de inclusão e exclusão? Até que ponto uma destas divisões é fonte de instabilidade e insegurança?

A ordem internacional vigente pressupõe a existência do direito internacional enquanto sistema regulador das relações interestatais que procura minimizar, senão

⁷⁵ CRUZ, Sebastião Velasco e, *op. cit.*, p.39.

erradicar as tensões e os conflitos, gerando assim, uma maior estabilidade e segurança internacionais.

Para Velasco e Cruz, o direito internacional deve ser visto em tempos atuais como

um recurso estratégico do qual não devemos abrir mão e como um patrimônio a ser preservado. Sedimentado, em um todo heteróclito, fórmulas, e princípios engendrados no esforço multissecular de conter a violência desenfreada produzida por antagonismos irreduzíveis, o direito internacional se estrutura em torno da idéia de uma associação cujo princípio normativo básico é o da preservação da independência de seus membros.⁷⁶

Segundo ele, o atual movimento pró direitocsmopolita a que assistimos hoje é uma investida reacionária contra o direito internacional

porque tende a reinstituir a clivagem que dividia, no passado, a humanidade em dois campos: os que decidem, em cada caso, o que é direito e estão autorizados a empregar a força para valer o seu veredicto; e os demais, reduzidos à condição de objetos de ação punitiva, ou de expectadores atemorizados e passivos.⁷⁷

Velasco e Cruz afirma que o tema dos direitos humanos é fundamental na resistência à esse programa. Atenta para o fato de que apesar de ter sido originalmente levantada pelos adversários da ordem estabelecida, a luta pela proteção aos direitos humanos no plano internacional vem se tornando, de maneira totalmente inadequada, discurso constante por parte da superpotência e de seus seguidores.

Assim como Zolo, esse autor defende a centralidade dos direitos associados ao valor da igualdade, respeitando-se a diversidade cultural e moral entre os povos. Acredita que somente dessa maneira é possível caminhar em direção a um projeto de desenvolvimento afirmativo. Não obstante o fato de ser um “conceito essencialmente contestável” por tudo que já apresentamos até aqui, é só através da democracia enquanto *“forma mais adequada de realizar no campo da política valores fundamentais [como] a*

⁷⁶ Idem, p. 59.

⁷⁷ Ibidem, p. 60.

liberdade, a igualdade e etc.”⁷⁸, que esse desenvolvimento afirmativo é realizável. Seguindo seu raciocínio, “*a democracia surge como manifestação de uma vontade política que se faz e refaz na luta. Ela será a realização sempre incompleta, jamais definitiva; ou não será*”.⁷⁹

Portanto, não obstante a importância da proteção dos direitos humanos no âmbito internacional, a maneira como o Tribunal Penal Internacional Permanente operará suscita inúmeras questões com relação ao caráter efetivamente democrático de suas disposições e decisões. Não cabe aqui traçarmos possíveis conjecturas acerca da real função que virá a desempenhar no cenário internacional. Todavia, não podemos deixar de ter em mente as dificuldades que essa instituição terá de lidar não só pelo seu ‘lugar não bem definido’ na ordem internacional vigente, mas também pela ambição de seu conteúdo no sentido da universalização de seus propósitos sem abrir mão de seus compromisso com os princípios democráticos.

⁷⁸ Ibidem.

⁷⁹ Ibidem, p. 61.

CAPÍTULO III – ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PERMANENTE

O crescimento dos esforços a fim de se impor limites às guerras pode ser melhor compreendido como uma reação ao avanço da tecnologia do armistício a partir de meados do século XIX.

Ao longo de todo o século XX, os desafios e as limitações de se processar crimes denominados “internacionais” no âmbito da jurisdição interna dos Estados, levou organizações intergovernamentais, organizações não-governamentais e os próprios Estados a criarem, de tempos em tempos, tribunais penais internacionais que pudessem julgar tais crimes.

Apesar de algumas tentativas de se criar um tribunal penal internacional permanente que cumprisse tal função desde meados da década de 40, ele só veio surgir enquanto proposta efetiva no final dos anos 90, com a criação do Estatuto de Roma em 1998. Até então, os tribunais penais internacionais criados ao longo do século XX foram instituídos para casos específicos; daí o nome de tribunais *ad hoc*.

O objetivo deste capítulo é traçar um breve histórico do processo de internacionalização do direito penal ao longo do século XX até os dias atuais, com a efetiva criação do Tribunal Penal Internacional Permanente (2002).

Para tal, pretendemos reconstituir os maiores tribunais penais internacionais que emergiram após a Segunda Guerra Mundial (II GM), inserindo-os numa linha histórica. Assim, atentaremos para os contextos políticos específicos que fizeram surgir tais cortes. Analisaremos primeiramente os dois tribunais criados após a II GM, o de Nurembergue e o de Tóquio; para depois, examinarmos os dois tribunais emergentes no período pós Guerra-Fria, o da Ex-Iugoslávia e o de Ruanda. Além disso, trataremos da Comissão de

Direito internacional da Organização das Nações Unidas e de alguns dos inúmeros documentos acerca da proteção dos direitos humanos por ela elaborados, tais como as Convenções de Genebra.

I – OS PRIMEIROS PASSOS

Durante as Conferências de Haia sobre a Paz, em 1899 e 1907, diplomatas reuniram esforços para codificar normas internacionais. Contudo, não conseguiram estabelecer uma instituição jurídica que fizesse cumprir tais normas. Na última conferência foi proposto um tribunal internacional em resposta a uma sugestão britânica e o projeto de seu estatuto foi assinado por 39 países. Tal corte era concebida enquanto corte de apelação que buscava revisar as decisões das cortes nacionais acerca do tamanho dos navios e do peso de suas cargas em tempos de guerra. Contudo, a impossibilidade de se codificar a lei específica sob a qual a corte seria regida durante as Conferências Navais de Londres em 1907 e 1909, acarretou na recusa de todos os Estados signatários em ratificar o tratado.

A idéia de se criar um Tribunal Penal Internacional surgiu, a princípio, a partir do repúdio aos graves crimes cometidos durante a Primeira Guerra Mundial (I GM). Ao final desse conflito internacional, em 1919, os Estados aliados criaram a Comissão de Responsabilização dos Autores de Guerra e Estabelecimento de Penas às Violações das Leis e Costumes de Guerra⁸⁰ a fim de investigar o massacre armênio, praticado pelo Império Turco-Otomano, em 1915.

A recomendação de que os militares turcos fossem julgados enquanto responsáveis pelo cometimento do massacre foi barrada pelos Estados Unidos sob a

⁸⁰ “Comission on the Responsibilities of the Authors of the War and the Enforcement of Penalties for Violations of the Laws and Costume of War.”

alegação que de tais atos não constituíam crimes a época de seu cometimento, o que impedia que o julgamento fosse realizado.

Assim, em 10 de agosto de 1920, criou-se o Tratado de Sévres que previa o julgamento dos responsáveis pelo cometimento de massacres durante o Estado de guerra no território do Império turco. Contudo, tal Tratado nunca vigorou, tendo sido substituído pelo Tratado de Lausane que, em 24 de julho de 1924 acabou por anistiar os acusados.

Outra consequência da I GM, ainda mais importante, é a criação do Tratado de Versalles em 1929, que considerou que o Kaiser Guilherme II teria violado as leis de guerra, determinando que ele fosse pessoalmente processado pelos crimes cometidos⁸¹ e estabelecendo um tribunal penal internacional para os criminosos de guerra alemães⁸². Winston Churchill, Primeiro-Ministro britânico, pressionou para que todos os alemães, desde capitães de submarinos até o Kaiser Guilherme, fossem julgados por um tribunal pelo cometimento de crimes de guerra.

Ao invés de se criar um esse tribunal à época, em 18 de dezembro de 1919, a Corte Suprema Alemã acabou recebendo competência excepcional para julgar os criminosos e o governo holandês concedeu abrigo ao Kaiser. A partir dos dados apresentados por João Marcelo de Araújo Júnior em seu parecer acerca do *“Tribunal Penal Internacional Permanente, Instrumento de Garantia dos Direitos Humanos Fundamentais”*, pode-se dizer que o julgamento foi apenas “pró-forma”, pois dos 21.000

⁸¹ Art. 227 do Tratado de Versalhes.

⁸² Arts. 228 e 229 do Tratado de Versalhes.

acusados, apenas 41 foram julgados e, destes, somente 13 condenados à pena máxima de 3 anos⁸³.

Em 1924, a Associação Internacional de Direito Penal⁸⁴ (AIDP) é fundada na universidade de Paris, La Sorbonne, tendo como um dos principais objetivos o estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional Permanente. No mesmo ano, o Protocolo de Genebra (de 2 de outubro) previu, pela primeira vez, a guerra de agressão como crime internacional. Em 27 de agosto de 1928, a Liga das Nações criou o Pacto de Briand Kellog, mais conhecido como tratado geral de renúncia à guerra.

Contudo, apesar dos esforços para se criar um tribunal penal internacional a fim de julgar crimes tidos enquanto “internacionais” após a I GM, criação de uma corte penal dessa natureza só foi criada após a Segunda Guerra Mundial, como veremos a seguir.

II – O TRIBUNAL DE NUREMBERGUE

O posterior conhecimento ou talvez a tomada de consciência por parte da opinião pública com relação aos crimes cometidos pelos nazistas durante a II GM acabaram por legitimar a idéia de se criar tribunais internacionais que se pautassem pela punição dos considerados culpados por essas violações de direitos humanos.

Segundo a filósofa judia, Hannah Arendt, em sua clássica obra *Eichmann em Jerusalem: um relato sobre a banalidade do mal*, desde a “noite dos cristais”, em novembro de 1938, até a Conferência de Wannsee, em janeiro de 1942, a questão judaica teve três soluções: primeiramente, a expulsão dos judeus de suas casas e seus

⁸³ ARAÚJO, Jr. João Marcello. *Tribunal Penal Internacional Permanente, Instrumento de garantia dos Direitos humanos Fundamentais (Processo Legislativo Histórico e Características)*. Parecer apresentado ao Instituto dos Advogados Brasileiros, indicação no. 036/98, 1999, p. 38.

⁸⁴ Maiores informações acerca dessa associação estão disponíveis *on line* em www.aidp.org.br.

estabelecimentos comerciais; depois a deportação para os campos de concentração; e finalmente, o extermínio.

Durante a *Kristallnacht*, em todo o território alemão, milhares de vitrines de lojas judaicas foram apedrejadas, todas as sinagogas foram incendiadas e inúmeros judeus foram publicamente humilhados e maltratados pelo exército nazista. A partir desta noite, os judeus foram obrigados a andarem “identificados” enquanto tais a fim de serem levados aos campos de concentração. Já, durante a *Wannseekonferenz* os secretários de Estado do *Führer* Adolph Hitler decidiram criar um sistema de extermínio da população judia, através de sua destruição em massa nos campos de concentração. Tal plano foi chamado de “*die Endelösung*”, ou “a solução final”.

Vale destacar as palavras do *Führer* Adolph Hitler acerca da operação final realizada na Polônia:

na Polônia, o Estado de coisas ficou inteiramente definido. Como os judeus não queriam trabalhar, foram mortos. Se não podiam trabalhar, deviam ser mortos. Tinham de ser tratados como bacilos de tuberculose. Nada tem isto de cruel, pois é sabido que mesmo as criaturas mansas da natureza, como as corças e os gamos, devem ser mortos para que não possam fazer estragos.⁸⁵

Em resposta a essas violações aos direitos humanos, aos 30 dias do mês de outubro de 1943, o Premier soviético Joseph Stalin, o Presidente norte-americano Franklin Roosevelt e o Primeiro-Ministro britânico Winston Churchill assinaram a Declaração de Moscou. Segundo esta Declaração, os nazistas acusados pelo cometimento de crimes de guerra de “menor ofensa” seriam julgados e punidos nos países onde tivessem cometido esses crimes. Já os nazistas acusados pelo cometimento de crimes de guerra de maior “gravidade”, “cujas ofensas não tivessem uma localização geográfica determinada”, seriam julgados e punidos pela “decisão conjunta dos governos dos países

⁸⁵ HITLER, Adolph, “*Minha Luta*”, São Paulo: Mestre Jou, 1962, p. 41.

aliados. Anteriormente a essa declaração, os aliados criaram a “Comissão de Crimes de Guerras das Nações Unidas”⁸⁶ a fim de investigar os possíveis crimes que estivessem sendo cometidos durante a II GM.

Aos 8 dias de agosto de 1945, com o fim da II GM, os aliados assinaram o Acordo de Londres através do qual adotaram a Carta do Tribunal Militar Internacional⁸⁷. Este tribunal seria competente para julgar indivíduos que, enquanto cidadãos ou enquanto membros de organizações, cometessem crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade. Por crimes contra a paz, entende-se

a direção, a preparação e o desencadeamento ou o prosseguimento de uma guerra de agressão ou de uma guerra com violação de tratados, garantias ou acordos internacionais ou a participação num plano concentrado ou num conluio para a execução de qualquer um dos atos precedentes (art. 6, a).

Os crimes de guerra, por sua vez, constituíam

as violações às leis e costumes de guerra. Essas violações compreendem, sem serem limitadas nas leis e costumes, o homicídio, maus-tratos ou deportação para trabalhos forçados ou para qualquer outro fim de populações civis dos territórios ocupados, homicídio ou maus-tratos de prisioneiros de guerra ou de pessoas no mar, execução de reféns, pilhagem de bens públicos ou privados sem motivo de cidades e aldeias, ou devastações que não se justifiquem por exigências militares (art. 6, b).

Já os crimes contra a humanidade são definidos como:

homicídio, extermínio, redução à escravidão, deportação e qualquer outro ato desumano cometido contra populações civis, antes e durante a guerra; ou então, perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos, quando esses atos ou perseguições, quer tenham ou não constituído uma violação do direito interno dos países onde foram perpetrados, etnahm sido coemtidos em consequência de qualquer crime que entre na competência do tribunal ou em conexão com esse crime(art. 6, c).

Além disso, a Carta da corte impunha também responsabilidade aos líderes, aos organizadores, aos instigadores, e aos co-autores de quaisquer planos de conspiração.

⁸⁶ O nome original da comissão é “United Nations War Crimes Commission” (UNWCC). Sua finalidade era semelhante a da Comissão de Responsabilizações dos Autores de Guerra e de Estabelecimento de Penas às Violações de Leis e Costumes de Guerra.”

⁸⁷ Acordo sobre a persecução penal e punição dos indivíduos do Eixo Europeu, acusados de cometerem crimes de guerra de “grande ofensividade”. 8 de agosto de 1945, 59 Stat. 1544, 82, UNTS 279.

Contudo, pelo fato de o tribunal só poder exercer sua jurisdição sobre indivíduos acusados de cometerem crimes de guerra de maior “gravidade” em local indeterminável, tal jurisdição era limitada. Ademais, o Tribunal não deveria prejudicar a jurisdição de nenhuma corte dos Estados nacionais envolvidos no conflito.

O Tribunal era composto por quatro juízes, cada um escolhido por cada um dos países aliados: Estados Unidos, União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, Grã-Bretanha e França.⁸⁸ A presidência da Corte era assegurada sucessivamente pelas quatro potências. As decisões eram tomadas pela maioria e em caso de empate, o voto do presidente era decisivo. Vale ressaltar que, embora o Tribunal fosse intitulado militar, todos os juízes, salvo o soviético, eram civis⁸⁹.

Apesar do discurso do Promotor-Chefe americano, Robert Jackson, de que a lei deveria ser universalmente aplicada, inclusive para os julgadores do Tribunal⁹⁰, os julgamentos reais apontam que as únicas pessoas que foram punidas por terem cometido crimes de guerra, foram os vencidos durante a Guerra.

A Carta do Tribunal concedia certos direitos aos acusados, tais como: à defesa mediante um advogado constituído, à apresentação de provas, à testemunhar em favor próprio e à inquirir as testemunhas. Todavia, previa-se a possibilidade de julgamento no caso de ausência do réu (art. 12).

Convicto do cometimento do crime, o tribunal poderia ordenar qualquer tipo de punição incluindo a restituição de propriedade roubada, a pena privativa de liberdade e a

⁸⁸ Acerca da composição do Tribunal, ver GONÇALVES, Joannisval Brito “*O Tribunal Militar de Nuremberg 1845-1946: a Gênese de uma nova Ordem no Direito internacional*”. Rio De Janeiro: Renovar, 2001.

⁸⁹ *Idem*, p. 54.

⁹⁰ “And let me make clear that while the law is first applied against German aggressors, the law includes, and if it is to serve a useful purpose, it must condemn, aggression by any other nation, including those which are here now in judgment.” (PERSICO 1994, 137) citado em STRUETT, Michael, p. 22.

pena de morte. Apesar da Carta não prever a possibilidade de recurso, o Conselho de Controle para a Alemanha podia reduzir ou modificar as penas, porém não agravá-las. Inicialmente, o Tribunal indiciou vinte e quatro acusados e julgou vinte e dois deles, sendo que dezenove foram condenados⁹¹.

Os condenados à pena de morte foram enforcados na prisão de Nurembergue, tendo tdi seus corpos cremados e suas cinzas jogadas a um rio a fim de se evitar glorificações posteriores. Já os condenados à pena privativa de liberdade foram levados à carceraria de Spandau, reservada exclusivamente para os criminosos de guerra, que ficou sob a administração das quatro potências vencedoras da guerra.

Além dos nazistas julgados pelo Tribunal Militar de Nurembergue, muitos outros foram julgados por tribunais nacionais, em razão de terem cometido crimes de “menor gravidade”.

III-O TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL PARA O EXTREMO ORIENTE

A idéia de se criar o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente surgiu durante a Conferência de Cairo em 1º de dezembro de 1943, da qual participaram representantes chineses, britânicos e americanos. Nesta ocasião, celebraram um acordo com o objetivo de pôr um fim na agressão japonesa, levando a julgamento os criminosos de guerra japoneses. Vale ressaltar que, à época dos fatos, o Japão já havia ratificado a Convenção de Haia de 1907.

Em 2 de setembro de 1945, o ato de rendição japonês definiu como se daria a prisão e o tratamento imposto aos criminosos de guerra. Simultaneamente, a Comissão de

⁹¹ Para maiores informações sobre os julgamentos, ver GONÇALVES, Joanisval Brito *op. cit.* e BAZELAIRE, Jean-Paul e CRETIN, Thierry, “*A Justiça Penal Internacional- sua evolução seu futuro de Nurembergue a Haia.*”, São Paulo: Ed.: Manole, 2004.

Crimes das Nações Unidas recomendou a criação de um tribunal militar internacional para os crimes japoneses. Em janeiro de 1946, após a Conferência de Moscou dos Ministros das Relações Exteriores dos países aliados, esses criaram o Tribunal Militar Internacional para o Extremo-Oriente, com sede em Tóquio, no Japão. Diferentemente do Tribunal Militar de Nurembergue, esse foi proclamado unilateralmente pelo General Douglas MacArthur, Comandante supremo dos aliados. Dessa maneira, foi também o general quem escolheu os onze juízes dessa corte.

Apesar de sua Carta contar com 17 artigos contra 30 da Carta do TMI de Nurembergue, a jurisdição, a competência e os procedimentos daquele Tribunal eram bastante similares a esse. Dessa maneira, os crimes de competência específica desse TMI também são os crimes contra a paz, os crimes contra as convenções de guerra e os crimes contra a humanidade (art. 5), sendo as definições de tais hipóteses legais quase idênticas às do Estatuto de Nuremberg.

Diferentemente do TMI de Nuremberg, o TMI de Tóquio era composto por juízes de 11 nações aliadas: Austrália, Canadá, China, Estados Unidos, França, Grã-Bretanha, Índia, Holanda, Filipinas e União Soviética.

O TMI de Tóquio julgou vinte e oito líderes japoneses, dentre os quais condenou vinte e cinco.⁹² Aqui, os condenados à morte também foram enforcados. É importante destacar que o General MacArthur exerceu grande influência sobre os julgamentos para que não viessem a ameaçar o sucesso de sua ocupação no Japão. Além disso, assim como no caso de Nurembergue, tribunais nacionais dos países aliados julgaram milhares de outros japoneses pelo cometimento de crimes de guerra de “menor gravidade”.

⁹² Para maiores detalhes sobre os julgamentos realizados pelo TMI para o Extremo Oriente, ver BAZELAIRE, Jean-Paul e CRETIN, Thierry, *op. cit.*, pp. 27-39.

Apesar de ser recorrente na literatura revisitada o argumento de que ambos os tribunais representaram um grande passo na elaboração e estabelecimento do direito internacionalpenal, não se pode deixar de mencionar algumas das críticas feitas a essas cortes, tais como: a violação ao princípio da reserva legal, a impossibilidade de o direitopenal atuar em relação aos chamados “atos de Estado”, a impossibilidade de reconhecimento dos entes coletivos, a impossibilidade de atuação do direitopenal internacional contra os indivíduos e a questão da obediência hierárquica.

No que diz respeito à violação da reserva legal, contra-argumentaram os julgadores no sentido de que em relação aos crimes de guerra não se feriu tal princípio, pois o Estatuto do Tribunal Militar de Nuremberg previsa os crimes de guerra que já haviam sido definidos na Convenção de Haia de 1907, portanto, anteriormente à II GM. No concernente aos crimes contra a paz, decidiu-se que tal princípio não limitaria a soberania dos Estados, sendo justo punir aqueles que agiram em desacordo com tratados, agridem um outro Estado. Destacou-se no Tribunal que os acusados conheciam os tratados assinados pela Alemanha, não podendo, assim, alegar desconhecimento quanto à ilicitude da guerra de agressão.

Por outro lado, também não se pode deixar de reconhecer a infração ao princípio da irretroatividade da lei penal com relação aos crimes contra a humanidade. Nessa mesma direção critica o Prof. Dr. Nelson Hungria:

o Tribunal de Nurembergue 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 e “enforcamento” e penas puramente arbitrárias); estabeleceu a responsabilidade penal de indivíduos participantes de tais ou quais associações, ainda que alheios aos fatos a eles 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.

Deve-se observar ademais, que os tribunais foram compostos apenas por juízes dos países aliados, vencedores da II GM com intuito de julgar os vencidos. Dessa maneira, a imparcialidade dos juízes nos julgamentos, pode ser, no mínimo, bastante questionada, para não dizer inexistente. Daí se falar em “justiça dos vencedores”.

Ressalta-se ainda o fato de que, no caso do TMI de Tóquio, os Estados Unidos são os principais provedores do tribunal o que torna tal corte ainda mais “estreita” em suas decisões.

Além dessas dois tribunais, os países aliados criaram também outras cortes penais internacionais a fim de julgar crimes de guerra em suas respectivas zonas de ocupação em todo o território alemão. Dessa maneira, acabaram por julgar cerca de 20.000 pessoas, das quais 960 foram condenadas à morte. No Pacífico, comissões militares americanas continuaram a julgar criminosos. Mais tarde, a Alemanha assumiu a tarefa de julgar acusados de atos de guerra encontrados em seu território. Outros Estados ocuparam-se de julgar alemães e nacionais que colaboram com eles.

A nosso ver, tais cortes só tiveram tamanha repercussão e legitimidade no mundo sócio-jurídico devido às circunstâncias políticas e emocionais no pós-guerra. Assim, a opinião pública da época foi fundamental no sentido de legitimar a implementação desses tribunais internacionais.

IV - A EVOLUÇÃO DA JUSTIÇA PENAL INTERNACIONAL APÓS A SEGUNDA GUERRA

Com a criação da Organização das Nações Unidas, após o término da II GM, inicia-se um grande movimento no sentido de consolidar o direito penal internacional, através do estabelecimento de uma jurisdição penal internacional permanente.

Em 1946, havia um consenso de um número representativo de Estados- Cuba, Índia, Panamá, França, União Soviética, Uruguai, Colômbia, Chile, Arábia Saudita e Polônia- no sentido de internacionalizar o crime de genocídio. Inicialmente, a tarefa de elaboração de uma convenção sobre genocídio foi delegada ao Conselho Sócio-Econômico das Nações Unidas.

Em 1947, a Assembléia Geral ONU criou o Comitê para a Codificação do Direito Internacional, antecessor da Comissão de Direito Internacional a fim de elaborar os princípios de direito internacional reconhecidos no Estatuto do TMI de Nuremberg e preparar um anteprojeto de um “Código de Ofensas contra a Paz e a Segurança da Humanidade”. Contudo o contexto político do período da Guerra Fria não propiciou a criação de tal documento. Nas palavras do especialista Cherif Bassiouni,

a União Soviética acreditava que a soberania poderia ser afetada pelo estabelecimento de tal tribunal; os Estados Unidos não estavam preparados para aceitar o estabelecimento de tal corte àquela altura da Guerra fria; a França expressava o seu apoio para o estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional Permanente, porém não se empenhava no aprofundamento do processo; e o Reino Unido considerava a idéia politicamente prematura.⁹³

Cumpram-se destacar que em 30 de setembro de 1947, os Estados Unidos apresentaram um documento formal de comentários ao Anteprojeto da Convenção sobre o Crime de Genocídio, alegando que a proposta de criar um tribunal para julgar violações à convenção estava fora de lugar. Argumentaram que a tarefa de se criar um tribunal

⁹³ BASSIOUNI, Cherif, *Statute of the International Criminal Court: a documentary history*, p. 13. Tradução da autora.

penal internacional através da Convenção de Genocídio era uma tarefa, no mínimo tão importante quanto a de criar a própria Convenção e que, portanto, deveria ser feita separadamente. Sugeriram que até a criação de um TPI, a Convenção sobre o Genocídio poderia ser aplicada por tribunais *ad hoc*. Por fim, apesar da Convenção não ter estabelecido um tribunal para julgar o crime de genocídio, os Estados Unidos não a ratificaram durante 40 anos.

Já em dezembro de 1948, aprovou-se a Convenção das Nações Unidas sobre genocídio. Passou a vigorar em 12 de janeiro de 1951, tendo o Brasil a ratificado em 15 de abril de 1952 (Decreto no. 30.822 de 6 de maio de 1952, incorporado à legislação brasileira com a criação da Lei no 2.889 de 1º de outubro de 1956).

Vale ressaltar que, em 1951, a Comissão de Direito internacional elaborou um anteprojeto de Estatuto para um Tribunal Penal Internacional Permanente, tendo sido revisado em 1953⁹⁴. Dentre as disposições deste último, destaca-se o fato de o Tribunal Penal Internacional Permanente ter competência para processar e julgar indivíduos acusados pela prática de violações às normas de direito internacional (art. 1). Somente pessoas físicas poderiam ser julgadas, fossem oficiais públicos ou indivíduos privados que, eventualmente tivessem concorrido para a prática de um crime internacional (art. 25); excluindo-se, portanto, a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Além disso, ao contrário do princípio da primazia da jurisdição internacional sobre a nacional- que acabou por reger os Tribunais Penais Internacionais para Ex-Iugoslávia (1993) e Ruanda (1994)-, o anteprojeto previa o princípio da

⁹⁴ Sobre os Anteprojetos do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, ver FERREIRA, Gustavo Sampaio Telles. *O Direito internacional Público e o Tribunal Penal Internacional*. Rio de Janeiro: UERJ (dissertação de mestrado), 1999.

complementaridade da jurisdição da Corte em relação à interna dos Estados, prevista no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional Permanente (2002).

O tribunal deveria ser composto por quinze juízes, sendo proibida a possibilidade de haver dois da mesma nacionalidade, sendo porém admitida a possibilidade do juiz ser apátrida (art. 6 do Anteprojeto de 1951 cc. Art. 12 do Anteprojeto revisado). O mandato seria de nove anos, admitindo-se a reeleição (art. 12).

Após ter sido submetido à Assembléia Geral da ONU, esta resolveu esperar até que o anteprojeto do Código de Ofensas estivesse pronto. Contudo, com o seu término em 1954, determinou-se que o trabalho deveria ser suspenso até que houvesse uma definição consensual do crime de agressão, o que até os dias atuais ainda não ocorreu com relação à sua previsão legal no TPIP (2002).

O debate acerca do tema foi retomado inesperadamente a partir de 1989 quando a Assembléia Geral da ONU passou a discutir a questão da comercialização mundial de substâncias entorpecentes e a delegação de Trinidad e Tobago sugeriu a criação de um tribunal internacional especializado em tráfico. Nesta época, uma série de organizações formou uma coalizão a fim de elaborar um anteprojeto de estatuto, com base em um que já havia sido apresentado à Convenção do *Apartheid*, em 1981. Este anteprojeto, não-oficial⁹⁵ foi encaminhado ao VIII Congresso da ONU para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente, no qual teve sua consistência reconhecida.

O fim da Guerra Fria com a queda do muro de Berlim em 1989 e a dissolução da URSS, requer uma reordenação das relações internacionais. A nova configuração da ordem internacional, pautada pela amenização das tensões entre o Leste-Oeste revela uma

⁹⁵ Para maiores detalhes acerca desse Anteprojeto, ver JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano, *O Tribunal Penal Internacional – A Internacionalização do Direito Penal*, Rio de Janeiro: Ed.: Lumen Juris, 2004, pp.81-84.

maior abertura para o desenvolvimento da iniciativa de criação de um Tribunal Penal Internacional.

Nesse sentido, durante a Assembleia Geral da ONU, no ano de 1990, a Comissão de Direito internacional editou um documento expressando ser favorável à possibilidade de um tribunal dotado de competência para julgar crimes contra a paz e a segurança da humanidade.

Em 1992, o Conselho de Segurança da ONU criou uma comissão de especialistas para investigar as violações de direito internacional humanitário, ocorridas no território que correspondia à Ex-República Socialista Federal da Iugoslávia (Resolução 780). A partir do relatório dessas investigações, o Conselho resolveu submeter à aprovação um estatuto para a criação de um tribunal penal *ad hoc*, ou seja, específico para a Ex-Iugoslávia (Resolução 808). Como veremos a seguir, esse foi o primeiro tribunal criado no período pós- Guerra Fria, configurando um grande avanço no sentido da internacionalização da jurisdição penal.

V - O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX- IUGOSLÁVIA (1993)

A ocorrência de uma série de violações às Convenções de Genebra e às leis humanitárias leva o Conselho de Segurança, de acordo com capítulo VII da Carta das Nações Unidas⁹⁶, a adotar a Resolução 827 de 25 de maio de 1993, estabelecendo um *“Tribunal Internacional tendo por única função acusar as pessoas responsáveis por*

⁹⁶ Esse capítulo diz respeito às medidas obrigatórias para os Estados-Membros que o Conselho de Segurança pode tomar no caso de ameaça à paz, de ruptura da paz e de ato de agressão.

violações graves das leis humanitárias internacionais cometidas no território da ex-Iugoslávia”⁹⁷.

A adoção dessa medida reflete, acima de tudo, a grande preocupação de inúmeras organizações intergovernamentais e internacionais não-governamentais de direitos humanos com relação aos massacres, às expulsões e aos deslocamentos forçados de populações no interior da ex-Iugoslávia. Essas migrações forçadas visavam à purificação étnica, em nome da qual nacionalistas sérvios tentam, primeiramente na Croácia e depois na Bósnia-Herzegovina (antes dos acontecimentos de Kosovo em 1998 e 1999), fazer com que os habitantes não-sérvios partam de determinadas regiões.

A “limpeza étnica como objetivo de guerra” é primeiramente denunciada num relatório da Comissão de Direitos humanos da ONU em outubro de 1992. Como consequência desse relatório, em 11 de fevereiro de 1993, o Conselho declara que essas violações às leis humanitárias internacionais no território da ex-Iugoslávia constituem uma ameaça à paz e à segurança internacionais. Ao decidir criar o tribunal, o Conselho requer a aprovação do Secretário-Geral da ONU, que promulga em 25 de maio de 1993 a Resolução 827, estabelecendo o tribunal.

Apesar da forma mais adequada de se estabelecer uma corte penal dessa natureza ser através de tratados internacionais, de acordo com o Secretário-Geral da ONU, tendo em vista a necessidade urgente de se implementar tal medida e fazer cessar maiores danos às populações civis no território da ex-Iugoslávia, o estabelecimento da corte através de uma Resolução seria mais rápido e mais simples. Contudo, vale ressaltar que alguns Estados-membros das Nações Unidas ficaram descontentes com a abordagem do Conselho de Segurança, considerando-a um certo abuso de poder.

⁹⁷ Art. 2 da Resolução 827.

O TPII é sediado em Haia, na Holanda, mas pode conduzir seus procedimentos em qualquer local, desde que haja interesse para tal. É competente para julgar as infrações às Convenções de Genebra de 1949 (art. 2), as violações às leis e aos costumes de guerra (art. 3), o crime de genocídio (art. 4) e os crimes contraa humanidade (art. 5) cometidos no território da ex-Iugoslávia a partir de 1º janeiro de 1991 (art. 1, 8).

Uma das características mais importantes desse Tribunal é a de sua competência ser concorrente à das cortes nacionais no que diz respeito aos crimes previstos. Pode, inclusive, afirmar a primazia de sua competência em detrimento das nacionais em qualquer investigação nacional ou qualquer procedimento e em qualquer fase do processo, desde que seja demonstrado o interesse da justiça internacional (art. 9)⁹⁸.

O Estatuto proíbe o duplo julgamento pelo cometimento de mesmo crime, exceto quando o indivíduo acusado estiver sendo julgado por um crimes considerado ‘comum’ pela corte nacional; quando não houver imparcialidade ou independência nos procedimentos do julgamento; quando se tentar afastar o acusado da jurisdição do TPII ou quando o indivíduo não for processado de forma diligente denúncias de indivíduos, Estados, organizações internacionais e organizações não-governamentais. (art. 10)⁹⁹.

A corte é composta por dezesseis juízes permanentes e no máximo nove temporários, além do procurador-chefe e o procurador-adjunto, o escrivão-chefe e o escrivão-adjunto. Ao todo são 1.248 funcionários representando 82 nações¹⁰⁰.

⁹⁸ Além desse artigo do Estatuto, ver também as Regras do TPII 9-11. Como uma exceção à sua primazia, o tribunal pode suspender um indiciamento quando o Estado acusador está preparado para julgar o acusado é apropriado a esse Estado exercer sua jurisdição sobre o acusado. Presumidamente essa exceção teve a intenção de encorajar os Estados condenar/aprisionar seus acusados. RATNER, Steven R. e ABRAMS, Jason S., in *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law- Beyond the Nuremberg Legacy*, Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 193.

⁹⁹ Ver também “Regras do TPII”, regra 13.

Os juízes permanentes são eleitos pela Assembléia Geral da Onu a partir de uma lista de indicações prévias do Conselho de Segurança, por um mandato de quatro anos, com direito à reeleição. Já os juízes temporários são escolhidos a partir de uma lista de vinte e sete nomes pela Assembléia Geral, sem direito à reeleição. São divididos em três Câmaras de Julgamento e uma Câmara de Apelação, sendo esta novidade em relação aos tribunais de Nurembergue e Tóquio, pois nesses não havia possibilidade de recurso. As câmaras de julgamento são compostas por três juízes permanentes e, no máximo, nove juízes temporários. Já a Câmara de Apelação é composta de sete juízes permanentes.

Aos juízes é conferido o poder de elaborar e adotar regras de procedimento e provas (art. 15). Em fevereiro de 1994, o TPII adotou formalmente suas Regras de Procedimento e Provas. O TPII também emendou regras sobre a detenção de indivíduos aguardando julgamento ou recurso diante do tribunal e uma diretoria para a nomeação de um conselho de defesa¹⁰¹. Assim, os acusados de cometimento de crimes perante o TPII, permanecem presos preventivamente na Unidade de Detenção do TPII, em Haia, até que sejam julgados.

Apesar da literatura acerca do Tribunal afirmar que a Promotoria é um órgão totalmente independente do Conselho de Segurança¹⁰², pelo fato deste ser responsável pela indicação do procurador, que será nomeado pelo Secretário-Geral da ONU, observamos uma clara dependência política desse órgão com relação ao Conselho. Caso não seja indicado pelo Conselho, por mais capacitado que seja o concorrente ao cargo, não poderá este ser o escolhido a assumi-lo.

¹⁰⁰ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano, *op. cit.*, p. 99.

¹⁰¹ O nome original em inglês é: “*rules Governing the Detention of Persons Awaiting Trial and Appeal Before the Tribunal or Otherwise Detained on the Authority of the Tribunal and a Directive on the Assignment of Defense Counsel*”. UN Docs. IT/38/Rev. 8 and IT/73/Rev. 7.

¹⁰² Idem, p.99.

A seção de investigação da promotoria composta por inúmeros investigadores profissionais, bem como conselheiros jurídicos que ajudam na investigação e denúncia de crimes à Corte. O promotor pode iniciar as investigações por iniciativa própria ou com base em denúncias de indivíduos, Estados, organizações internacionais e organizações não-governamentais. Contudo, ainda que a investigação *proprio motu* do promotor seja prevista no Estatuto do TPII, certamente não será escolhido um promotor que vá de encontro às diretrizes e aos objetivos do Conselho.

As penas previstas são de privação de liberdade, sendo possível a pena perpétua. As penas podem ser cumpridas em quaisquer Estados que tenham assinado o acordo de cooperação com a ONU, dispondo-se a receber pessoas condenadas pelo TPII.

Desde sua criação, o TPII já indiciou mais de noventa indivíduos. Desses, três faleceram, sete cumprem pena, três já cumpriram pena, nove foram absolvidos ou o indiciamento negado¹⁰³. Atualmente, há setenta e sete indiciados, sendo que cinquenta e seis respondem a processo perante o tribunal. Desses, quarenta e sete se encontram detidos e outros nove provisoriamente soltos. Há outros vinte e um foragidos¹⁰⁴.

Dentre os casos julgados perante esse Tribunal, cabe mencionar o de Dusko Tadic¹⁰⁵, o primeiro acusado do TPII condenado inicialmente a vinte e cinco anos de prisão, reduzidos a vinte em sede de apelação. Cumpre a pena na Alemanha atualmente. Por ter sido o primeiro caso, suscitou inúmeras questões referentes ao TPII e, de maneira geral, a tribunais penais internacionais.

Segundo Horst Fischer,

¹⁰³ GONÇALVES, *op. cit.*, p. 235 e seguintes. Ver o número exato para a dissertação no site.

¹⁰⁴ JAPIASSÚ, *op. cit.*, p. 100.

¹⁰⁵ Sobre o caso ver KLIP, André; SLUITER, Göran, *Annotated leading cases of International Criminal Tribunals. Volume I: The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia 1993-1998*. Antwerpen: Intersentia, 1999, p. 13/142, apud JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano, *op. cit.*, pp. 100-101.

a decisão de 2 de outubro de 1995 da Câmara de Apelação do Tribunal é uma das mais importantes decisões na história dos casos de crimes de guerra. A decisão não é somente a primeira num procedimento de apelação perante uma corte internacional desde a II Guerra Mundial, mas também nem o Tribunal de Nuremberg, nem o de Tóquio tinham essa possibilidade recursal.¹⁰⁶

Resumidamente, a defesa de Tadic arguiu que o Tribunal foi estabelecido de forma ilegal por ter sido criado pelo Conselho de Segurança da ONU e não por um tratado internacional; que não havia justificativa para se requerer a primazia do Tribunal em detrimento das cortes nacionais competentes para o caso; e que o tribunal não era competente para julgar o caso visto que os crimes relacionados referiam-se a conflitos armados internacionais e o caso iugoslavo referia-se a um conflito armado interno.

No que concerne ao primeiro argumento, a Câmara de Apelação do Tribunal contradisse, afirmando que a criação do TPII se adequa à competência do Conselho de Segurança, cuja uma das funções é tomar medidas para manter e restaurar a paz e a segurança (art. 41 da Carta da Nações Unidas). Além disso, os atos praticados pelo TPII foram aprovados e endossados pela Assembléia Geral da ONU.

Quanto à primazia do Tribunal, decidiu-se que essa deveria ser adotada não em razão da natureza 'internacional' dos crimes, mas sim por razões práticas. Dada a difícil cooperação entre os Estados no âmbito penal, o TPII deveria entrar em ação.

Sobre a terceira questão, a Câmara de Apelação decidiu que um conflito armado existe em qualquer local onde se recorre às forças armadas para dirimir um conflito entre Estados, bem como quando há a utilização de violência armada quando se envolvem as autoridades governamentais e outros grupos armados organizados dentro de um Estado. Assim, o TPII afirmou que o direito internacional humanitário é aplicável desde o início

¹⁰⁶ FISCHER, Horst in KLIP e SLUITER, *op. cit.*, p. 140, apud JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano, *op. cit.*, p. 101.

do conflito internacional até que cessem seus efeitos e seja restaurada a paz. No caso do conflito interno, até que um ambiente pacífico seja estabelecido.

Além de Dusko Tadic, outros representantes de Estado, envolvidos no conflito iugoslavo também foram indiciados. Dentre os homens de Estado mais importantes está Slobodan Milosevic, Presidente da República Socialista Federal da Iugoslávia à época do conflito.

Ressalta-se que o Conselho não determinou nenhum limite temporal às atividades do TPII e a evolução da situação política na região e a extensão de seu “banco de réus” irá certamente guiar o Conselho a determinar a duração do Tribunal.

As despesas do tribunal são pagas através de contribuições de Estados membros da ONU, de outros Estados, de organizações internacionais e entidades privadas.

VI- O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA (1994)

Localizado na África Oriental, Ruanda é um país que se tornou independente em 1962. Sua população basicamente composta por duas etnias: os hutus, que correspondem a cerca de 80 % e os tutsis que conformam um pouco menos dos 20 % restantes. Estima-se que em 1997, sua população seria de 7, 7 milhões de habitantes. Os hutus, de origem bantu, agricultores, ocuparam a região entre 500 a. C. e o fim do século XX. Já os tutsis, advindos do nordeste e próximos de algumas tribos etíopes, criadores de gado, chegaram posteriormente entre 1400 e 1700. As relações entre os membros das duas etnias nunca foram simples e a disputa pelo poder político-econômico.

Entre abril e julho de 1994, Ruanda sofre uma guerra civil interna, que resulta na morte de 500 mil a um milhão de ruandeses. Trata-se de um fato tipificado pela ONU como genocídio. O conflito teve início quando um avião que transportava os Presidentes

de Ruanda e do Burundi, Juvenal Habyarimana e Cyprien Ntaryamira, respectivamente, foi atingido, caindo sobre a capital ruandesa, Kigali. Tomando esse fato como possível ‘atentado’ contra o governo ruandense, a guarda presidencial e as milícias extremistas hutu, *interahamwe*, passam a fazer barricadas nas ruas da capital e começam a responsabilizar os tutsis e a minoria hutu moderada. Em pouco tempo, o massacre se estendeu por todo o território ruandense, o que fez com que a Frente Patriótica Ruandesa (FPR) –movimento tutsi de oposição armada- reagisse.

Em 23 de junho de 1994, apesar da oposição da FPR e da Organização da Unidade Africana, foram enviados pelo Conselho de Segurança da ONU cerca de 2.500 soldados franceses à Ruanda. No dia 30 do mesmo mês, a Comissão de Direitos humanos da ONU publicou um relatório afirmando as práticas genocidas ocorrentes no local. Em 4 de julho, a FPR toma a capital e em 17 de julho, a última cidade que estava sob o controle das tropas governamentais. Formou-se um governo de união nacional, cujo presidente escolhido foi Pasteurs Bizimungu.

Em 8 de novembro de 1994, com base no relatório da Comissão de Direitos humanos da ONU e em resposta a uma solicitação do governo, o Conselho de Segurança adota a Resolução 955 em consonância com o Capítulo VII da Carta da ONU, estabelecendo o Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR).

Sediado em Arusha, na Tanzânia, o TPIR é competente para julgar indivíduos que tenham cometido crimes de genocídio (art. 2), crimes contra a humanidade (art. 3) e outras violações de direito internacional humanitário (art. 3 e 4) no interior do território ruandense e cidadãos ruandenses que tiverem cometido as mesmas ilicitudes em territórios vizinhos, entre de 1º de janeiro e 31 de dezembro de 1994. Dessa maneira,

diferentemente do caso do Tribunal para Ex-Iugoslávia, competência do TPIR é limitada ao tempo.

O TPIR deu início a suas atividades em novembro de 1995, emitindo em agosto de 1999, 28 acusações sobre 48 pessoas, das quais 38 estão presas provisoriamente. Já proferiu quatro sentenças condenatórias, cujas condenações vão desde pena privativa de liberdade até pena de prisão perpétua¹⁰⁷. Vale ressaltar, que pela primeira vez, desde a II GM, o TPIR condenou indivíduos pelo cometimento de crime de genocídio.

No fim do ano de 1999, o TPIR entra em conflito com o governo de Ruanda de ter sido um dos promotores ativos do genocídio, sob a alegação de que sua prisão, que o acusa de negligência em razão de ter libertado Jean-Bosco Barayagwisa, acusado havia sido irregular.

¹⁰⁷ Para maiores informações, ver BAZELAIRE, Jean-Paul e CRETIN, Thierry, *op. cit.*, p. 59.

CAPÍTULO IV-O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PERMANENTE(2002)

O objetivo deste capítulo é apresentar as características, a forma de funcionamento, bem como os objetivos do Tribunal Penal Internacional como corte penal supranacional, dotada de jurisdição complementar aos seus Estados-partes, competente para julgar crimes específicos contra os direitos humanos no plano internacional.

Trata-se de um capítulo de cunho informativo. As questões polêmicas mais genéricas e também as específicas sobre o alcance da novidade que essa instituição representa no plano das relações exteriores serão objeto de discussão nos capítulos seguintes.

I- ALGUMAS QUESTÕES PRELIMINARES SOBRE A CRIAÇÃO DE TRIBUNAIS PENAIS NO PLANO TEÓRICO

Como podemos observar ao longo do capítulo anterior, as propostas de criação de uma Corte Penal Internacional permanente sempre levantaram uma série de questões conflituosas tanto no âmbito do direito quanto da política internacionais. As mais centrais são como e sob que condições a sociedade internacional deve ser capaz de julgar indivíduos responsáveis por violações de direito internacional.

Como já mencionado ao longo desse estudo, a noção de que indivíduos podem ser penalmente responsáveis no âmbito internacional por violações ao direito internacional desafia as concepções predominantes de soberania estatal tanto no Direito internacional quanto na Ciência Política. Tendo em vista que o Direito internacional é criado por Estados soberanos, configurando um rol de normas sobre como esses Estados devem interagir uns com os outros, esses Estados eram, até o fim do século XX, reconhecidos como os únicos sujeitos de direito internacional. Por sua vez, pelo fato de os

Estados serem, em última instância, uma abstração, composta por indivíduos, muitos estudiosos do Direito internacional passaram a reconhecer uma lista maior de sujeitos a esse direito. De acordo com H. Lauterpacht,

Grotius reconhecia que as regras concernentes à conduta dos Estados são necessariamente regras concernentes à conduta de indivíduos; esta é uma necessidade lógica porque “por trás personalidade mística, impessoal e portanto, necessariamente irresponsável do Estado metafísico, há os atuais sujeitos de direitos e deveres, nominadamente, os seres humanos individuais.”¹⁰⁸

O debate acerca da criação de um tribunal penal internacional permanente traz à tona a discussão sobre quem são os sujeitos das normas de direito internacional. A possibilidade de um tribunal penal internacional julgar e punir quaisquer indivíduos, inclusive chefes políticos de um determinado Estado desafia o monopólio do uso legítimo da força física dos Estados soberanos, na medida em que quebra esse monopólio, restringindo a jurisdição nacional dos Estados. Até o fim do século XIX, os indivíduos que cometiam crimes em nome dos Estados podiam evocar imunidade em virtude da soberania estatal. Dessa maneira, *“além de ser um desafio à soberania legal dos Estados, a criação de um tribunal penal internacional [permanente] também constitui um desafio à soberania política dos Estados”*.¹⁰⁹

Além disso, o estabelecimento de um TPI suscita questionamentos sobre a maneira como o direito internacional deve ser promulgado em dois níveis. O primeiro refere-se à maneira pela qual essa instituição supranacional é constituída em primeiro

¹⁰⁸ Tradução livre de “H. Lauterpacht points out that Grotius recognized that rules governing the conduct of states are necessarily rules that govern the conduct of individuals, this is a logical necessity because “behind the mystical, impersonal, and therefore necessarily irresponsible personality of the metaphysical state there are the actual subjects of rights and duties, namely, individual human beings.” LAUTERPACHT, H., citado em STRUETT, Michael J., “The Politics of Constructing an International Criminal Court”, paper prepared for presentation at the International Studies Annual Meeting, New Orleans, Março de 2002, p. 4, nota 2, (T. A.).

¹⁰⁹ Tradução livre de “Aside from the challenge to the legal sovereignty of a state, the international criminal court also is a challenge to state’s political sovereignty.” In STRUETT, Michael J, *op. cit.*, p. 4 (T. A.).

plano, incluindo o problema prático de quem é representado em seu processo constitucional. O segundo diz respeito a quais regras um TPI deveria estabelecer. Pelo fato do sistema internacional não ser dotado de um Poder Legislativo Internacional.

As fontes tradicionais de direito internacional são primeiramente controladas pelos Estados. O estatuto da Corte Internacional de Justiça reconhece quatro fontes de direito internacional: tratados, costumes, princípios gerais de direito e os comentários dos maiores *experts* na matéria. De acordo com Struett, devido ao fato de os Estados exercerem controle sobre as duas primeiras fontes, e os princípios gerais de direito serem constantes no tempo e o papel dos *experts* ser subsidiário, “*parece justo dizer que os Estados historicamente exerceram um monopólio virtual na legislação atual do direito internacional*”.¹¹⁰

Contudo, a criação de um Tribunal Penal Internacional Permanente, enquanto instituição judicial permanente, possui o potencial para exercer influência considerável sobre o conteúdo do direito penal internacional e suas decisões terão valor precedebte, pelo menos para os futuros casos.

Struett argumenta que

devido ao fato do Estatuto de Roma ter criado uma corte forte que pode evitar interferências políticas, ele também constitui um poder judicial significante para decidir o que conta como “crime de guerra” com supervisão mínima e indireta dos Estados soberanos. Conseqüentemente, o TPIP enfraquece a soberania dos Estados soberanos no processo de determinar o conteúdo do direito internacional consuetudinário. Os juízes e promotores terão o papel de definir a lei que estabelecerão quando o TPIP iniciar o seu funcionamento. Conseqüentemente, qualquer tribunal penal internacional terá um papel em dar significado prático às declarações normativas vagas do direito consuetudinário e às normas de tratado que regulam o uso da força.¹¹¹

¹¹⁰Tradução livre de “*It seems fair to say that states historically have exercised a virtual monopoly on the actual legislation of international law*”. STRUETT, Michael, *op. cit.*, p. 5. (T. A.).

¹¹¹Tradução livre de “*Because the Rome Statute created a strong court that can avoid political interference in its work, it also constituted a significant judicial power to decide what counts as a “war crime” with only minimal and indirect supervision from sovereign states. Accordingly, the ICC weakens sovereign state’s hold on the process of determining the content of a customary international law. The judges and*

II- A POLÍTICA DE CONSTRUÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: A IMPORTÂNCIA DO PAPEL DAS ORGANIZAÇÕES NÃO-GOVERNAMENTAIS

A influência da sociedade civil global, principalmente das organizações não-governamentais, no processo de tomada de decisões por parte dos Estados tem se revelado um importante objeto de estudo da Ciência Política nos últimos anos.

Por isso, apesar de centrarmos a presente pesquisa no debate político-jurídico realizado acerca da ratificação do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional Permanente no Brasil, não podemos deixar de considerar o papel das Ongs internacionais no processo de construção desse Estatuto.

Em seu artigo *“The Politics of Constructing an International Criminal Court”*, Michael Struett afirma que para se compreender a política de construção do TPIP, é necessário atentar para o papel desempenhado pelas organizações não-governamentais (Ongs). Dentre outros setores da sociedade civil global que também contribuíram para a formulação do Estatuto do TPIP, Struett centra sua análise no papel das Ongs, afirmando que sua participação no processo de negociação do Estatuto de Roma do TPIP foi fundamental para a formação da corte tal como ela se apresenta.

A fim de entender e explicar o processo político que permitiu que as Ongs atingissem seus resultados em fins da década de 90 apesar da forte oposição de poderosos Estados, o autor analisa comparativamente os discursos das Ongs durante as décadas de 50 e 90 no que diz respeito aos seus esforços em criar um tribunal penal internacional permanente.

prosecutor of the new court will have a role in defining the law it enforces once it begins to hear the cases. Accordingly, any international criminal court will have a role in giving practical meaning to the vague normative statements in international custom and treaty law that regulate the use of force”. Idem, pp 6-7. (T. A.).

A perspectiva historicamente comparada permite perceber os porquês tanto do fracasso dos esforços para a criação de um tribunal penal internacional permanente durante o período da Guerra Fria quanto, em contraposição, do sucesso dos esforços que resultaram na adoção do Estatuto de Roma em 1998. Trata-se de uma perspectiva sensível à contextualidade dos processos históricos.¹¹²

Segundo o autor, durante a década de 50, Ongs favoráveis à criação de um TPI tiveram um impacto na formulação do conteúdo discutido entre Estados e organizações intergovernamentais porque os projetos formulados pela Comissão de Direito internacional eventualmente analisados pela Assembléia Geral da ONU, incorporavam sugestões e críticas dessas Ongs. Contudo, tal influência não foi capaz de convencer os Estados acerca dessa proposta.

Diferentemente nos anos 90, um leque diverso de atores concordaram com o fato de que o maior problema do sistema westfaliano de Estados é o fato de que os indivíduos que perpetraram crimes violentos em grande escala em nome de um determinado Estado, geralmente escapam à punição. Assim, Struett formula a tese de que

enquanto inicialmente havia um pequeno consenso sobre como poderia ser criado uma corte supranacional a fim de lidar com esse problema, a autoridade moral das práticas das Ongs acabaram por convencer líderes mundiais a adotar o Estatuto do TPIP que permite persecuções relativamente despolitizadas; é, em potencial, universalmente aplicável e é justo no sentido de adotar o devido processo legal para julgar o acusado. Se as Ongs não tivessem participado extensivamente do debate, o TPIP certamente seria uma ferramenta do Conselho de Segurança quando de sua total criação.¹¹³

¹¹² Idem, p. 12.

¹¹³ Tradução livre de “While initially there was a little consensus about how a supra-national court could be created to address that problem, the moral authority of NGOs discursive practices ultimately convinced world leaders to adopt an ICC statute that allows for relatively de-politicized prosecutions, is potentially universally applicable, and is just in the sense of adopting due process standards for trying the accused. Had the NGOs not participated as extensively in the debate, the ICC likely would have been a tool of the Security Council if it was created at all”. Ibidem, p 3. (T. A.)

Considerando a criação do TPIP um desafio direto às concepções tradicionais de soberania uma vez que cria uma autoridade supranacional dotada de poder para julgar se determinadas formas de uso da força física por parte de oficiais de Estado são violações sancionáveis pelo direito internacional, um ponto chave de sua pesquisa é compreender como uma série de agentes políticos, através de estudos acadêmicos e declarações políticas de Ongs, foram capazes de criar um espaço no discurso a fim de desafiar o conceito predominante de soberania.

Para ele, o resultado final da conferência de elaboração do Estatuto de Roma foi dirigido por um discurso orientado para criar o mais largo consenso normativo possível, reconhecendo a legitimidade dos novos poderes da Corte para estabelecer o direito penal internacional. A natureza supostamente ‘desinteressada’ das Ongs permitiu que elas contribuíssem com esse discurso de maneira que ele passasse a ter uma certa ressonância moral. Assim, conseqüentemente, elas acabaram por influenciar profundamente o processo de consolidação da proposta do TPIP. Em suas palavras

as ONG's pró-TPIP orientaram suas práticas discursivas para além de uma audiência universal promovendo uma corte que correspondesse com noções de justiça fundamental. Em contraste, os governos estatais geralmente são constrangidos por tomar tal instância universal pela necessidade de responderem a grupos de interesses particulares em seus contextos políticos internos.”¹¹⁴
(...)A adoção do Estatuto do TPIP é um caso em que há [potencialmente] a institucionalização de preferências normativas das Ongs. O Estatuto de Roma é não é meramente o resultado de uma política, se for ratificado, deverá ser uma instituição que irá estruturar políticas globais no futuro¹¹⁵

¹¹⁴ Tradução livre de “*Pro-ICC NGOS oriented their discursive practices towards a universal audience by promoting a court that corresponded with notions of fundamental fairness. By contrast, state governments often are constrained from taking such a universal stance by the need to be responsive to particular interest groups in their national political contexts*”. Idem, pp. 1-2. (T. A.).

¹¹⁵ Tradução livre de “*The adoption of the ICC statute is a case where there is [potentially] institutionalization of the normative preferences of NGOs. The Rome Statute is not merely a policy outcome, if ratified it is to become an institution that will structure global politics in the future*”. Ibidem, p. 17. (T. A.).

O fato dos indivíduos serem reconhecidos enquanto sujeitos de direito internacional reduz a habilidade dos oficiais de Estado esconderem seus atos por trás da ‘pessoa corporativa do Estado’. Assim, Michael Struett defende o importante papel das Ongs afirmando que

não é surpreendente que os oficiais dos Estados somente seguiram o projeto do TPIP sob pressão da sociedade civil transnacional. Caso contrário, os interesses dos oficiais de Estado pareceriam correr fortemente contra a criação da corte penal supranacional.¹¹⁶

Vale ressaltar que apesar de o autor considerar o papel desempenhado pelas Ongs essencial para a construção do TPIP, ele não nega a importância do papel dos Estados. De acordo com o autor, os defensores do TPIP, acreditaram que uma vez institucionalizado, regras prevendo sanções aos crimes de guerra, crimes contra a humanidade e genocídio teriam influência no comportamento das pessoas e dos Estados para fins tanto preventivos quanto punitivos. Contudo, a institucionalização dessa corte seria inviável se não contasse com o apoio dos Estados.

Nos anos 50, os Estados optaram por não criar um tribunal penal internacional e não o fizeram. Na década de 90, após inúmeros esforços, um grande número de Estados optou por elaborar e assinar o Estatuto de Roma que consolida o estabelecimento do TPIP durante a Conferência de Roma em fevereiro de 1998.

Assim, explicar o processo de construção do TPIP implica em reconhecer também que uma série de Estados acabaram por tomar como seus próprios interesses em criar um tribunal forte e independente. Apesar dos Estados Unidos terem se oposto à proposta, a vantagem numérica de pequenos Estados e Estados não-aliados na ONU

¹¹⁶Tradução livre de “it is therefore not surprising that state officials would only pursue the international criminal court project under compelling pressure from the transnational civil society. Otherwise, the interests of state officials would appear to run strongly against the creation of a supranational criminal court”. STRUETT, *op. cit.* p. 7. (T. A.).

alteraram consideravelmente a dinâmica do processo, passando de uma proposta de criação do TPI por parte da Comissão de Direito Internacional da ONU, para um debate abrangente entre todos os Estados membros da ONU, através de da Conferência Diplomática de Roma. Ainda assim, Struett demonstra que o TPIP foi modelado pelo discurso das Ongs defensoras dessa proposta e não por grandes potências. Struett argumenta que

registros empíricos nesse caso sugerem que os Estados poderosos não foram os atores dirigentes do Tratado de Roma. Ao contrário, (...) seria mais adequado considerar organizações não-governamentais como as principais, alguns pequenos Estados como seus agentes, e outros Estados como agentes independentes que foram forçados a responder da melhor maneira possível à iniciativa das Ongs. Os Estados Unidos estavam na última categoria. Consequentemente, esta análise é incompatível como uma visão estritamente intergovernamental de cooperação interestatal.¹¹⁷

Isto porque, na sua visão a perspectiva intergovernamental sobre cooperação internacional foca sua explicação acerca das negociações interestatais no nível internacional como uma função de preferências estatais determinadas por fatores externos e pelo relativo poder dos Estados negociantes. Para Struett não se pode ignorar a influência de fatores internos para a formulação das preferências. No caso do TPIP, por exemplo, durante a década de 90, tanto as organizações não governamentais quanto as comunidades legais nacionais e transnacionais influenciaram nas preferências dos Estados. A fim de podermos visualizar melhor a influência das Ongs na política de construção do TPIP, ressaltamos o papel desempenhado pela coalizão de Ongs pró-TPIP.

A Coalizão de Ongs pró-TPIP foi criada no dia 10 de fevereiro de 1995, em Nova Iorque quando um grupo de Ongs favoráveis a criação de um Tribunal Penal

¹¹⁷ Tradução livre de “*empirical records in this case suggests that powerful states were not the actors that drove the agreement in Rome. Instead, I argue that it would be more accurate to consider non-governmental organizations as the principles, some smaller states as their agents, and other states as independent actors that were forced to respond as best as they could to the NGO initiative. The United States was in the latter category. Accordingly, this analysis here is at odds with a strictly intergovernmental view of interstate cooperation*”. Ibidem, p. 13. (T. A.).

Internacional Permanente se reuniu e estabeleceu uma comissão diretiva informal. O Insitituto de Política Global, “*World Federalist Movement*” e seu diretor executivo à época, William R. Pace, foram requisitados para servir, respectivamente, como secretariado e diretor dessa nova rede.

Desde então, a Coalizão se expandiu muito chegando a abarcar mais de 2.000 Ongs de todas regiões do mundo e muitos setores de sociedade civil global que lidam com direitos humanos, das mulheres e das crianças e das vítimas, além de temas como intervenção humanitária, a promoção da segurança e da paz no âmbito internacional através do Direito internacional. Assim, a Coalizão é composta por um grupo heterogêneo de Ongs e setores da sociedade civil internacional que apoiaram a criação do TPIP, participando ativamente de todas as etapas desse processo, desde o Comitê Preparatório da Conferência de Roma à Comissão Preparatória da Organização das Nações Unidas para a criação do Tribunal Penal Internacional Permanente (2002).

Um dos temas discutidos pela Coalizão de Ongs foi a questão da imunidade penal dos chefes de Estados que cometeram violações aos direitos humanos no plano internacional. Havia um consenso geral de que uma solução pragmática/normativa deveria ser encontrado para esse problema. Outro, ainda mais importante foi o princípio da complementaridade, previsto no anteprojeto da Comissão de Direito internacional da ONU de 1994, como uma maneira de lidar com a soberania estatal de modo a permitir que a maioria dos Estados apoiassem a proposta de criação do TPIP. Inicialmente, a Coalizão de Ongs pró-TPIP viu na adoção desse princípio um grande perigo para o funcionamento efetivo da corte e afirmou ser ele uma desculpa que os Estados estavam usando para não comprometer suas soberanias. Por fim, tal previsão acabou sendo bem

aceita pela coalizão porque na sua visão, uma vez que os Estados ratificam o Tratado do TPIP, viabilizam que suas cortes internas aumentem sua capacidade de julgar casos criminais de direito internacional, de acordo as previsões da complementaridade do Estatuto de Roma.

Este regula tal princípio no sentido de que qualquer caso que estiver “genuinamente” sendo investigado ou processado por uma corte nacional não é admissível perante o TPIP (art. 17, Estatuto de Roma).

Para os Estados Unidos, o princípio da complementaridade não propiciava a proteção adequada aos seus direitos soberanos, daí a sua oposição à corte. De acordo com Struett, a única justificativa real dos Estados Unidos para se opor ao TPIP é o fato de que eles não querem que seus nacionais sujeitos à jurisdição da corte.

Vale ressaltar também que, durante as reuniões das comissões prepatórias na Conferência de Roma, muitos Estados delegados queriam evitar o estabelecimento de uma corte de apelação das decisões nacionais. Contudo, a maioria deles percebeu que a previsão de investigação por parte dos Estados-membros poderia bloquear a persecução do TPIP com relação a um determinado caso, a não ser que fosse dada autoridade explícita para se considerar que este Estado não estivesse ‘genuinamente’ investigando o caso. Assim, o Estatuto de Roma também prevê tal determinação que só pode ser realizada a partir da maioria dos votos da Câmara de Pré-julgamento sujeita à revisão por parte da Corte de apelação (art. 18).

A fim de podermos visualizar melhor a influência da Coalizão na política de construção do TPIP, citamos a publicação *Justice in Balance*, de uma das Ongs líderes no processo, *Human Rights Watch*, publicada no início de 1998, pouco antes da Conferência

de Roma. A introdução dessa publicação inclui sete recomendações que, segundo eles, devem ser seguidas se o TPIP “*quiser ser uma instituição judicial independente, justa e efetiva*”.¹¹⁸ Seguem as recomendações: 1) o regime jurisdicional deve eliminar qualquer necessidade de consentimento por parte do Estado (no sentido de análise caso-a-caso); 2) o tribunal precisa ser independente do Conselho de Segurança; 3) o tribunal precisa ter um promotor independente; 4) enquanto a complementaridade deve ser a base de jurisdição do tribunal, este deve investigar e perseguir quando os Estados se revelem falhos em fazê-lo; 5) não deve ser feita nenhuma distinção entre conflitos armados nacionais e internacionais; 6) Estados devem ser claramente obrigados a cooperar com pedidos do tribunal; 7) o TPIP deve respeitar os direitos dos acusados, dos suspeitos e das vítimas.

Tomando por base que todas essas recomendações foram incorporadas de alguma forma no Estatuto de Roma, torna-se mais ainda evidente a importância do papel das Ongs no processo de consolidação da proposta do TPIP.

III - A CRIAÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PERMANENTE (2002):

Aos 17 dias de julho de 1998, cerca de 160 países, 17 organizações inter-governamentais, 14 agências especializadas e fundos das Nações Unidas e 124 organizações não-governamentais, reuniram-se na cidade de Roma, capital italiana, com o objetivo de estabelecer as bases para a instituição de um Tribunal Penal Internacional Permanente (TPIP).

A lei orgânica do Tribunal, também chamada de Estatuto de Roma, aprovada por meio de uma votação não registrada por 120 votos a favor, 7 contra (Estados Unidos da

¹¹⁸ Human Rights Watch, *Justice in Balance*, 1998, p. 2.

América, China, Israel, Iraque, Quatar, Iêmen e Líbia) e 21 abstenções (dentre as quais, Índia, Turquia, Irã, Sudão, Síria e Egito), passou a ter vigência em 1º de julho de 2002, após ter alcançado o número mínimo de ratificações necessárias (mínimo de 60 Estados) para sua entrada em vigor, em 11 de abril de 2002.

Assim, o Estatuto de Roma consiste em um acordo multilateral composto de uma série de normas relativas à competência, jurisdição e ao funcionamento do TPIP. Trata-se de um Tratado aberto à adesão de todos os Estados.

Até o dia 24 de setembro de 2004, 97 países ratificaram o Estatuto do TPIP. O Brasil havia sido o 94º país a assinar o Tratado (2000) e sua ratificação foi efetivada em 12 de junho de 2002.

Segue a lista dos Estados-partes, por regiões de acordo com os grupos regionais da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas¹¹⁹:

REGIÕES	DATA DA RATIFICAÇÃO
ÁFRICA (26 ESTADOS-PARTES)	
África do Sul	27 de novembro de 2000
Benin	22 de janeiro de 2002
Botsuana	08 de setembro de 2000
Burkina Faso	16 de abril de 2004
Burundi	21 de setembro de 2004
Djibuti	05 de novembro de 2002
Gabão	20 de setembro de 2000
Gâmbia	26 de junho de 2002
Gana	20 de dezembro de 1999
Guiné	14 de julho de 2003
Lesoto	06 de setembro de 2000
Libéria	22 de setembro de 2004
Malawi	19 de setembro de 2002
Mali	16 de agosto de 2000
Mauritânia	05 de março de 2002
Namíbia	25 de junho de 2002

¹¹⁹ Tabela disponível em inglês no endereço eletrônico, <http://www.iccnw.org/countryinfo/RATIFICATIONSbyUNGroups.pdf>, em 24 de setembro de 2004.

Níger	11 de abril de 2002
Nigéria	27 de setembro de 2001
República Centro Africana	03 de outubro de 2001
República do Congo	03 de maio de 2004
República Democrática do Congo	11 de abril de 2002
Senegal	02 de fevereiro de 1999
Serra Leoa	15 de setembro de 2000
Tanzânia	20 de agosto de 2002
Uganda	14 de junho de 2002
Zâmbia	13 de novembro de 2002
AMÉRICA LATINA E CARIBE (19 ESTADOS-PARTES)	DATA DA RATIFICAÇÃO
Antigua e Barbuda	18 de junho de 2001
Argentina	08 de fevereiro de 2001
Barbados	10 de dezembro de 2002
Belize	05 de abril de 2000
Bolívia	27 de junho de 2002
Brasil	05 de agosto de 2002
Colômbia	07 de junho de 2001
Costa Rica	12 de fevereiro de 2001
Dominica	05 de fevereiro de 2002
Equador	24 de setembro de 2004
Guiana	1 de julho de 2002
Panamá	21 de março de 2002
Paraguai	14 de maio de 2001
Peru	10 de novembro de 2001
São Vicente e Grenadinas	03 de dezembro de 2002
Trinidad e Tobago	06 de abril de 1999
Uruguai	28 de junho de 2002
Venezuela	07 de junho de 2000
ÁSIA (12 ESTADOS-PARTES)	DATA DA RATIFICAÇÃO
Afganistão	10 de fevereiro de 2003
Camboja	11 de abril de 2002
Ciprus	07 de fevereiro de 2002
Fiji	29 de novembro de 1999
Ilhas Marshall	07 de dezembro de 2000
Jordânia	11 de abril de 2002
Mongólia	11 de abril de 2002
Nauru	12 de novembro de 2001
República da Coreia	13 de novembro de 2002
Samoa	16 de setembro de 2002
Tadjiquistão	05 de maio de 2000
Timor Leste	06 de setembro de 2002

LESTE EUROPEU (14 ESTADOS-PARTES)	DATA DA RATIFICAÇÃO
Albânia	31 de janeiro de 2003
Bósnia-Herzegovina	11 de abril de 2002
Bulgária	11 de abril de 2002
Croácia	21 de maio de 2001
Eslováquia	11 de abril de 2002
Eslovênia	31 de dezembro de 2001
Geórgia	05 de setembro de 2003
Hungria	30 de novembro de 2001
Iugoslávia	06 de setembro de 2001
Latvia	28 de junho de 2002
Lituânia	12 de maio de 2003
Macedônia	06 de março de 2002
Polônia	12 de novembro de 2001
Romênia	11 de abril de 2002
EUROPA OCIDENTAL E OUTROS PAÍSES (25 ESTADOS-PARTES)	DATA DA RATIFICAÇÃO
Alemanha	11 de dezembro de 2000
Andorra	30 de abril de 2001
Austrália	1 de julho de 2002
Áustria	28 de dezembro de 2000
Bélgica	28 de junho de 2000
Canadá	07 de julho de 2002
Dinamarca	21 de junho de 2001
Espanha	24 de outubro de 2000
Finlândia	29 de dezembro de 2000
França	09 de junho de 2000
Grécia	15 de maio de 2002
Holanda	17 de julho 2001
Irlanda	11 de abril de 2002
Islândia	25 de maio de 2000
Itália	26 de julho de 1999
Liechtenstein	02 de outubro de 2001
Luxemburgo	08 de setembro de 2000
Malta	29 de novembro de 2002
Nova Zelândia	07 de setembro de 2000
Noruega	16 de fevereiro de 2002
Portugal	05 de fevereiro de 2002
Reino Unido	04 de outubro de 2001
San Marino	13 de maio de 1999
Suécia	28 de junho de 2001

Suíça	12 de outubro de 2001
ESTADO SEM ALIANÇA (1)	
Estônia	30 de janeiro de 2002

IV - O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PERMANENTE (2002): A INSTITUIÇÃO, SUAS CARACTERÍSTICAS E FORMA DE FUNCIONAMENTO

De acordo com o Preâmbulo do Estatuto de Roma, o TPIP surge como uma iniciativa de Estados que, ao reconhecerem a gravidade dos crimes de violação aos Direitos humanos e sua constante ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade e, decididos a erradicar a impunidade dos autores desses crimes e a assegurar a defesa e proteção desses Direitos nos planos nacional e internacional, como forma de garantir que a justiça internacional seja permanentemente respeitada, convieram a *“estabelecer um Tribunal Penal Internacional de caráter permanente, independente e vinculado ao sistema das Nações Unidas que tenha jurisdição sobre os crimes mais graves que preocupam a comunidade internacional em seu conjunto.”*

Apesar de se dizer independente do sistema da Organização das Nações Unidas (ONU), além das atividades do TPIP serem financiadas por quotas dos Estados-partes (art.115.a) também o são mediante fundos procedentes da ONU (art. 115.b).

IV.1 - JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA DO TPIP

O TPIP é uma instituição permanente, facultada a exercer sua jurisdição sobre indivíduos com relação aos crimes mais graves de transcendência internacional (art. 1), a saber: genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão (art. 5).

Trata-se de uma instituição dotada de personalidade e capacidade jurídicas no plano internacional para o exercício de suas funções (art. 4.1).

A adesão ao Estatuto de Roma feita por um Estado impõe a ele uma séria pré-condição, que o distingue de outros tratados na área das relações internacionais. Trata-se da não admissão de reservas (art. 120). Este é um dos pontos mais inovadores e polêmicos deste documento. Isto porque, de acordo com esta premissa: ou o Estado ratifica o Tratado em sua íntegra, ou não o ratifica.

Ao reservar à humanidade em seu conjunto o caráter de vítima desses delitos, o TPIP traz à tona a responsabilização individual pelo cometimento dos crimes, proposta por Kelsen desde o fim da 2a GM. Portanto, essa corte dotada de jurisdição penal complementar no plano internacional, tem como objetivo principal investigar e levar a julgamento indivíduos -não Estados- que tenham cometido alguns dos graves crimes internacionais anteriormente citados.

Devido ao fato dos indivíduos nacionais dos Estados-parte do Tratado do TPIP estarem sujeitos a sua jurisdição, estabelecer o alcance territorial e pessoal foi de seu “poder de dizer o direito” foi uma das questões mais complexas durante a elaboração do Estatuto.

Contudo, a jurisdição da Corte aceita pela comunidade internacional é mais limitada do que a exercida pelos Estados individuais no que concerne os mesmos crimes. Importa destacar o caráter complementar da jurisdição dessa corte. A jurisdição do TPIP é complementar às jurisdições dos Estados-parte, podendo ser acionada nos seguintes casos: omissão de responsabilidade criminal (art.17.a), ausência de imparcialidade no julgamento (art.20.3), demora injustificada ou incapacidade do Estado

em julgar um determinado caso tipificado como crime internacional. Trata-se do princípio da complementariedade jurisdicional da Corte, ou seja, da condição de admissibilidade desta.

Vale ressaltar aqui, que diferentemente da proposta kelseneana original de criação de uma Corte Penal Internacional dotada de jurisdição compulsória, a jurisdição do TPIP é complementar a de seus Estados signatários, não podendo ser acionada automaticamente, mas sim apenas no casos específicos mencionados no parágrafo anterior.

A Corte é proibida de exercer sua jurisdição no caso de acusados imunes de julgamento (art.98) Declara-se também incompetente para processar criminosos menores de 18 anos de idade (art. 26).

IV.I.II OS CRIMES SOB A JURISDIÇÃO DO TPIP

Como mencionamos anteriormente, segundo o artigo 5º do Estatuto, a jurisdição do TPIP será limitada aos crimes mais graves que preocupam a comunidade internacional em seu conjunto e será exercida sobre os crimes de genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e crimes de agressão. O artigo 123º do Tratado prevê a ocorrência de uma reunião entre os Estados-membros a se realizar sete anos após sua entrada em vigor a fim de discutir possíveis emendas ao rol de crimes.¹²⁰

Apesar das inúmeras tentativas no sentido de definir de maneira detalhada e precisa as hipóteses legais das quatro categorias de crimes, a definição do crime de agressão se revelou bastante difícil. Embora tenha havido um consenso em relação à

¹²⁰ A emenda na definição dos crimes também é prevista no artigo 121º (5).

necessidade da jurisdição do TPIP sobre esse tipo de delito, tornou-se inviável um acordo com relação a sua definição ou mecanismo apropriado para determinação jurídica de sua ocorrência. Por isso, a 2ª parte do artigo 5º prevê que sua definição e suas condições de procedibilidade requerem uma emenda formal de acordo com os artigos 121º e 123º do estatuto e que tal dispositivo será compatível com os dispositivos pertinentes da Carta das Nações Unidas.¹²¹

A fim de se interpretar e aplicar às definições dos crimes previstas nos artigos 6º (crime de genocídio), 7º (crimes contra a humanidade) e 8º (crimes de guerra), deve-se salientar o documento “Elementos dos Crimes”, adotado em julho de 2000 pela Comissão Preparatória do TPIP.¹²² Esse documento é fonte de direito aplicável pela Corte, desde que esteja em consonância com seus princípios, visto que é lei subordinada ao Estatuto.¹²³

A) O CRIME DE GENOCÍDIO

O termo genocídio foi adotado pelos promotores no Tribunal de Nurembergue. Em 1946 foi considerado crime internacional pela Assembléia Geral da ONU. Tendo em vista as atrocidades cometidas contra grupos étnicos durante a 2ª GM, principalmente contra os judeus, naquela época era importante distinguir o crime de genocídio de outros crimes contra a humanidade. Para tal, a Convenção de Prevenção e Punição do Crime de Genocídio adotada pela Assembléia Geral da ONU de dezembro de 1948 constituiu o genocídio como crime internacional mesmo que cometido em tempos de paz, diferenciando-o dos outros aceitáveis apenas em tempos de guerra.

¹²¹ Citar a controvérsia página 27.

¹²² Art. 9º do Estatuto de Roma. Sobre o documento “Elementos dos crimes” ver “Relatório de Preparación de la Comisión de La Corte Penal Internacional Permanente”, UN. DOC. PCNICC/2000.

¹²³ Idem, art. 21, parágrafo 1o, alínea ‘a’.

Atualmente, as diferenças entre ambas as categorias foi minimizada porque a definição dos crimes contra a humanidade evoluiu muito, podendo se referir a atos criminosos cometidos em tempos bélicos ou pacíficos. O crime de genocídio constitui agora a mais grave forma do crime contra a humanidade.

A previsão de tal crime no artigo 6º do Estatuto é essencialmente uma cópia do artigo 2º da Convenção de 1948. Ambos definem tal crime como cinco atos específicos com a intenção de exterminar, destruir, aniquilar total ou parcialmente um grupo nacional, étnico, racial ou religioso enquanto tal. Os cinco atos são: a) matar membros de um grupo; b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física, total ou parcial; d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo e; f) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.

O que diferencia o crime de genocídio dos outros previstos pelo Estatuto é o dolo específico, ou seja, a intenção determinada para a prática de tal ato. Essa intenção possui vários componentes. Primeiramente, deve visar a destruição de um grupo. Em segundo lugar, a quantidade de vítimas também é relevante, conforme os termos da destruição “no todo ou em parte”. Quanto maior o número de vítimas, mais fácil se torna observar a intenção específica. Além disso, o perpetrador de tal ato deve dirigi-lo contra uma comunidade nacional, étnica, racial ou religiosa. De acordo com Schabbas, tal enumeração foi muito criticada pela limitação de seu escopo, visto que não são levadas em consideração grupos políticos nem sociais.

B) CRIMES CONTRA A HUMANIDADE

O termo ‘crimes contra a humanidade’ foi uma das três categorias de crimes sob a jurisdição do Tribunal de Nurembergue em 1945. Como já dito no ponto anterior, tal conceito evoluiu muito de acordo com o direito internacional desde aquela época e, atualmente foi eliminado o nexo causal com o conflito armado, sendo ele admitido em tempos de paz.

O crime contra a humanidade é definido no artigo 7º, parágrafo 1º do Tratado do TPIP como

qualquer um dos seguintes atos quando praticados como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil e com conhecimento de tal ataque: a) homicídio; b) extermínio; c) escravidão; d) deportação ou transferência forçada de populações; e) encarceramento ou outra privação grave da liberdade física, em violação às normas fundamentais do direito internacional; f) tortura; g) estupro, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou outros abusos sexuais de gravidade comparável; h) perseguição de um grupo ou coletividade com identidade própria, fundada em motivos políticos, nacionais, raciais, étnicos, outros motivos universalmente reconhecidos, em conexão com qualquer ato mencionado neste parágrafo ou com qualquer crime da jurisdição do TPIP.; i) desaparecimento forçado; j) o crime de apartheid; k) outros atos desumanos de caráter similar que causem intencionalmente grande sofrimento ou atentem gravemente contra a integridade física ou a saúde mental ou física.¹²⁴

Vale ressaltar também que, para não haver confusão quanto aos tipos legais previstos neste artigo, o parágrafo 2º define alguns tipos de maneira mais detalhada:

a) por “ataque contra uma população civil” entende-se uma linha de conduta que implique a perpetração múltipla dos atos mencionados no parágrafo 1º contra uma população civil, em consonância com a política de um Estado ou de uma organização. Por “ataque contra uma população civil” entende-se uma linha de conduta que implique a perpetração múltipla dos atos mencionados no parágrafo 1º contra uma população civil, em consonância com a política de um Estado ou

¹²⁴ O inciso ‘g’ revela um grande alargamento das hipóteses legais dos crimes contra a humanidade previstos anteriormente na Carta de Nurembergue. Tal alargamento justifica-se pela preocupação do TPIP com os crimes de gênero. Nesse sentido, o parágrafo 3º desse dispositivo afirma que “o termo ‘gênero’ refere-se aos dois sexos, masculino e feminino, no contexto da sociedade”. (N. A.).

de uma organização para cometer tais atos ou para promover tal política; b) o “extermínio” compreende a imposição intencional de condições de vida, tais como a privação do acesso a alimentos e remédios, inter alia, dirigidas a causar a destruição de parte de uma população; c) por “escravidão” entende-se o exercício de algum ou de todos os atributos do direito de propriedade sobre um indivíduo, incluído o exercício desses atributos no tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças; d) por “deportação ou transferência forçada de populações” entende-se o deslocamento forçado dos indivíduos afetados, por expulsão ou outros atos coercitivos, da zona em que estejam legitimamente presentes, sem base prevista no direito internacional; e) por “tortura” entende-se infligir intencionalmente dores ou sofrimentos graves, físicos ou mentais, a um indivíduo que o acusado tenha sob sua custódia ou controle; não se considerará como tortura dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções lícitas ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram; f) por “gravidez forçada” entende-se o confinamento ilícito de uma mulher que tenha se tornado grávida pela força, com a intenção de alterar a composição étnica de uma população ou de cometer outras violações graves do direito internacional; g) por “perseguição” entende-se a privação intencional e grave de direitos fundamentais, em violação ao direito internacional, em razão da identidade do grupo ou coletividade; h) por “crime de apartheid” entendem-se os atos desumanos de caráter similar aos mencionados no parágrafo 1º cometidos no contexto de um regime institucionalizado de opressão e dominação sistemáticas de um grupo racial sobre outro ou outros grupos raciais e com a intenção de manter tal regime; i) por “desaparecimento forçado de pessoas” entende-se a prisão, a detenção ou o seqüestro de pessoas por um Estado ou uma organização política, ou com a sua autorização, apoio ou aquiescência, seguido da recusa a admitir tal privação de liberdade ou a dar informação sobre a sorte ou o paradeiro dessas pessoas, com a intenção de deixá-las fora do amparo da lei por um período prolongado.”

Com relação a essa categoria de crimes, o ataque deve ser dirigido contra populações civis, o que os distingue dos crimes de guerra que podem tanto ser cometidos contra combatentes quanto contra civis durante um conflito bélico. Os ataques não precisam ser necessariamente militares.¹²⁵

Tais crimes podem ser cometidos por atores não-estatais. Além disso, o perpetrador do crime precisa ter conhecimento de seu ataque, o que implica num certo dolo específico, mesmo que em menor grau comparado ao do crime de genocídio. Portanto, um indivíduo que participa de crimes contra a humanidade, mas não sabe que eles são parte de um ataque generalizado ou sistemático a uma população civil pode ser culpado de homicídio e talvez até de crimes de guerra, mas não de crimes contra a humanidade.

¹²⁵ Elements of Crimes, artigo 7º, parágrafo 3º da introdução.

Contudo, de acordo com o “*Elements of Crimes*”, não é necessário que o perpetrador tenha conhecimento de todas as características do ataque ou dos detalhes precisos do plano ou da política do Estado ou da organização que intenta o ato.

C) CRIMES DE GUERRA

Essa categoria é certamente a mais antiga de todas. A Convenção de Haia IV é a base legal desses delitos, que passaram a ser previstos no Tratado de Versailles em 1919,¹²⁶ ensejando a condenação de soldados alemães pela violação de direitos e costumes de guerra durante a 1ª GM em 1920. A Carta de Nurembergue disciplinou tais crimes sucintamente.¹²⁷ A conceituação desses crimes evoluiu nas Convenções de Genebra de 1949. Ambas as previsões não esgotavam todas as possibilidades de sérias violações ao direito de guerra, estendendo-se apenas às mais severas atrocidades cometidas apenas contra civis e não contra combatentes. Além disso, tais previsões contemplavam somente conflitos armados de natureza internacional.

O artigo 8º do TPIP prevê as hipóteses legais de crimes de guerra, uma das maiores do Estatuto do TPIP. Revela-se bastante diferente quando comparado às previsões anteriores, principalmente porque abarca expressamente conflitos armados internos. Contudo, não se pode afirmar que trata-se de um alargamento das previsões legais. Alguns crimes são definidos de maneira bastante precisa, atentando-se para suas formas e variações, o que deve limitar o escopo de sua subsunção a fatos concretos.

Esse artigo compreende quatro categorias de crimes de guerra: duas delas dizem respeito aos conflitos armados internacionais enquanto as outras referem-se aos internos,

¹²⁶ Tratado de Versailles, artigos 228, 229 e 230.

¹²⁷ Segundo o artigo 6º, (c) do Acordo de Persecução e Punição dos maiores Crimes de Guerra da Carta de Nurembergue

o que pode vir a dificultar ainda mais a qualificação dos crimes e, conseqüentemente a aplicação da lei ao conflito em questão. Segundo Schabbas, *“como todos os penalistas sabem, há um lado obscuro no que diz respeito à codificação detalhada. Quanto maior o detalhe nas previsões, maior a abertura de interpretações para possíveis argumentos de defesa”*.¹²⁸ Para o autor, essa definição estrita das hipóteses legais resultou da retórica necessidade de precisão legal consoante ao princípio da legalidade.

O que diferencia os crimes de guerra das outras categorias já analisadas é o fato de prescindirem do dolo específico (como é o caso do genocídio) e do caráter generalizado ou sistemático (como os crimes contra a humanidade). Podem ser cometido por soldados individuais agindo sem a ordem ou autorização de seu superior.

A primeira questão a ser feita com relação a esse artigo é a existência de um conflito armado, seja ou não internacional. Conforme já mencionado em tópico anterior desse texto, alguns crimes de guerra podem ser cometidos após o término do conflito, como os crimes relacionados à repatriação de prisioneiros. Além disso, do ponto de vista do território, a lei dos crimes de guerra aplica-se em alguns casos a todo o território do Estado e não apenas onde ocorreu o conflito.

A primeira categoria de crimes de guerra enumerada no artigo 8º refere-se aos já descritos pelas quatro Convenções de Genebra. A primeira delas visa a proteção dos feridos e doentes em guerra terrestre. A segunda prevê a proteção dos feridos, doentes e náufragos em guerra em alto mar. A terceira refere-se a proteção dos prisioneiros de guerra. A última trata da proteção de civis. As grandes violações dessas Convenções estão elencadas no 2º parágrafo, alínea (a):

¹²⁸ Tradução livre de *“all criminal lawyers know, there is a dark side to detailed codification. The greater the detail in the provisions, the more loopholes exist for able defense arguments”*. SCHABBAS, *op. cit.* p., 43. (T. A.).

i) homicídio doloso; ii) submeter à tortura ou a outros tratamentos desumanos, incluídas as experiências biológicas; iii) infligir de forma deliberada grandes sofrimentos ou atentar gravemente contra a integridade física ou a saúde; iv) destruir bens e apropriar-se deles de forma não justificada por necessidades militares, em grande escala, ilícita e arbitrariamente; v) obrigar um prisioneiro de guerra ou outro indivíduo protegido a prestar serviços nas forças de uma Potência inimiga; vi) privar de forma deliberada um prisioneiro de guerra ou outro indivíduo do seu direito a um processo justo e imparcial; vii) submeter à deportação, transferência ou confinamento ilegais; viii) tomar reféns;

A segunda categoria de crimes de guerra listada no artigo 8º encontra-se na alínea

(b):

i) dirigir intencionalmente ataques contra a população civil em quanto tal ou contra civis que não participem diretamente das hostilidades; ii) dirigir intencionalmente ataques contra bens civis, isto é, bens que não são objetivos militares; iii) dirigir intencionalmente ataques contra pessoal, instalações, material, unidades ou veículos participantes de uma missão de manutenção da paz ou de assistência humanitária, em conformidade com a Carta das Nações Unidas, sempre que tenham o direito à proteção outorgada a civis ou bens civis de acordo com o direito internacional dos conflitos armados; iv) lançar um ataque intencional, sabendo que incidentalmente causará perdas de vidas, lesões em civis ou danos a bens de caráter civil ou danos extensos, duradouros e graves ao meio ambiente que sejam claramente excessivos em relação à vantagem militar geral, concreta e direta prevista; v) atacar ou bombardear, por qualquer meio, cidades, aldeias, povoados ou prédios que não estejam defendidos e que não sejam objetivos militares; vi) causar a morte ou lesões a um inimigo que tenha deposto as armas ou que, por não ter meios para defender-se, tenha se rendido à discreção; vii) utilizar de modo indevido a bandeira branca, a bandeira ou as insígnias militares ou o uniforme do inimigo ou das Nações Unidas, bem como os emblemas previstos nas Convenções de Genebra, e causar assim a morte ou lesões graves; viii) a transferência, direta ou indireta, pela Potência ocupante de parte de sua população civil ao território que ocupa ou a deportação ou transferência da totalidade ou de parte da população do território ocupado, dentro ou fora desse território; ix) os ataques dirigidos intencionalmente contra prédios dedicados ao culto religioso, às artes, às ciências ou à beneficência, monumentos históricos, hospitais e lugares onde se agrupam doentes e feridos, sempre que não sejam objetivos militares; x) submeter indivíduos que estejam em poder de uma parte adversária a mutilações físicas ou a experiências médicas ou científicas de qualquer tipo que não sejam justificadas em razão de um tratamento médico, dental ou hospitalar, nem sejam levadas a cabo em seu interesse e que causem a morte ou ponham gravemente em perigo a saúde de tal indivíduo ou indivíduos; xi) matar ou ferir de modo traiçoeiro indivíduos pertencentes à nação ou ao exército inimigo; xii) declarar que não se dará quartel; xiii) destruir ou confiscar bens do inimigo, a menos que as necessidades da guerra o tornem imperativo; xiv) declarar abolidos, suspensos ou inadmissíveis em um tribunal os direitos e ações dos nacionais da parte inimiga; xv) obrigar os nacionais da parte inimiga a participar em operações bélicas dirigidas contra o seu próprio país, mesmo que tivessem estado a seu serviço antes do início da guerra; xvi) saquear uma cidade ou uma localidade, inclusive quando tomada de assalto; xvii) utilizar veneno ou armas envenenadas; xviii) utilizar gases asfixiantes, tóxicos ou similares ou qualquer líquido, material ou dispositivo análogo; xix) utilizar balas que se abram ou amassem facilmente no corpo humano, como balas de camisa dura que não cubra totalmente a parte interior

ou que tenha incisões; xx) empregar armas, projéteis, materiais e métodos de guerra que, por sua própria natureza, causem danos supérfluos ou sofrimentos desnecessários ou produzam efeitos indiscriminados em violação ao direito internacional dos conflitos armados, desde que essas armas ou esses projéteis, materiais ou métodos de guerra sejam objeto de uma proibição completa e estejam incluídos em um anexo do presente Estatuto, em virtude de uma emenda aprovada em conformidade com as disposições que, sobre o particular, figuram nos artigos 121 e 123; xxi) cometer ultrajes contra a dignidade de indivíduos, em particular tratamentos humilhantes e degradantes; xxii) cometer estupro, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, tal como definida no artigo 7º, parágrafo 2, alínea f), esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência sexual que constitua uma violação grave das Convenções de Genebra; xxiii) utilizar a presença de civis e outras pessoas protegidas para que fiquem imunes às operações militares determinados pontos, zonas ou forças militares; xxvi) dirigir intencionalmente ataques contra prédios, materiais, unidades e veículos médicos e contra pessoal que esteja utilizando emblemas previstos nas Convenções de Genebra, de acordo com o direito internacional; xxvii) provocar intencionalmente a inanição da população civil como método de fazer a guerra, privando-a dos bens indispensáveis para a sua sobrevivência, inclusive por meio da obstrução intencional da chegada de suprimentos de socorro, de acordo com as Convenções de Genebra; xxviii) recrutar ou alistar crianças menores de 15 anos nas forças armadas nacionais ou utilizá-las para participar ativamente das hostilidades;

As alíneas (c) e (d) dizem respeito às violações contempladas nos Convênios de Genebra de 12 de agosto de 1949¹²⁹ em caso de conflito armado não-internacional a saber,

qualquer dos seguintes atos cometidos contra indivíduos que não participem diretamente das hostilidades, incluídos os membros das forças armadas que tenham deposto as armas e os que estejam fora de combate por doença, lesões, detenção ou por qualquer outra causa: i) atos de violência contra a vida e a integridade corporal, em particular o homicídio em todas as suas formas, as mutilações, os tratamentos cruéis e a tortura; ii) os ultrajes contra a dignidade pessoal, em particular os tratamentos humilhantes e degradantes; iii) a tomada de reféns; iv) as sentenças condenatórias pronunciadas e as execuções efetuadas sem julgamento prévio por tribunal constituído regularmente, que ofereça todas as garantias judiciais geralmente reconhecidas como indispensáveis.

Já as alíneas (e) e (f) aplicam-se aos conflitos armados internacionais dentro do escopo do Protocolo Adicional II às Convenções de Genebra relacionados à proteção de vítimas desse tipo de conflito. De acordo com a primeira alínea, entende-se por crime de guerra

outras violações graves das leis e usos aplicados nos conflitos armados que não sejam de caráter internacional, no marco estabelecido do direito internacional, a saber, qualquer um dos seguintes atos: i) dirigir intencionalmente ataques contra a população civil enquanto tal ou contra civis

¹²⁹ Convenções de Genebra, artigo 3º.

que não participem diretamente das hostilidades; ii) dirigir intencionalmente ataques contra prédios, material, unidades e veículos sanitários, e contra pessoal habilitado para utilizar emblemas previsto nas Convenções de Genebra, de acordo com o direito internacional; iii) dirigir intencionalmente ataques contra pessoal, instalações, material, unidades ou veículos participantes em uma missão de manutenção da paz ou da assistência humanitária em conformidade com a Carta das Nações Unidas, sempre que tenham o direito à proteção outorgada a civis ou bens civis, de acordo com o direito internacional dos conflitos armados; iv) dirigir intencionalmente ataques contra prédios dedicados ao culto religioso, às artes, às ciências ou à beneficência, monumentos históricos, hospitais e lugares onde se agrupam doentes e feridos, sempre que não sejam objetivos militares; v) saquear uma cidade ou praça, inclusive quando tomada por assalto; vi) cometer atos de estupro, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, definida na alínea f) do parágrafo 2 do artigo 7, esterilização forçada e qualquer outra forma de violência sexual que constitua uma violação grave dos Convênios de Genebra; vii) recrutar ou alistar menores de 15 anos nas forças armadas ou utilizá-los para participar ativamente das hostilidades; viii) ordenar a transferência da população civil por razões relacionadas com o conflito, a menos de que assim o exija a segurança dos civis de que se trate ou por razões militares imperativas; ix) matar ou ferir a traição um combatente inimigo; x) declarar que não se dará quartel; xi) submeter indivíduos que estejam em poder de outra parte no conflito a mutilações físicas ou a experiências médicas ou científicas de qualquer tipo que não sejam justificadas em razão de um tratamento médico, dental ou hospitalar do indivíduo de que se trate, nem sejam levadas a cabo em seu interesse, e que causem a morte ou ponham gravemente em perigo a sua saúde; xii) destruir ou confiscar bens do inimigo, a menos que as necessidades da guerra o tornem imperativo;

D) OUTRAS TIPIFICAÇÕES LEGAIS SOB JURISDIÇÃO DO TPIIP

Em consonância com o artigo 70, parágrafo 1º, a Corte exercerá sua jurisdição sobre todos os crimes contra a administração da Justiça, desde que cometidos durante seus trabalhos. Tais crimes incluem o falso testemunho, a obstrução, a interferência com o comparecimento de testemunhas e vítimas, o tráfico de influências ou ameaça aos funcionários da Corte e os delitos de corrupção contra estes mesmos funcionários. Os procedimentos a serem aplicados a esses crimes estão previstos nas regras de procedimento e prova. As penas previstas são de privação da liberdade em até 5 anos ou multa pecuniária.

IV.II - A LEGITIMIDADE DAS PARTES

O TPIP será competente para processar e julgar crimes cometidos após a entrada em vigor de seu Estatuto, através de: a) uma provocação de um Estado-parte (arts. 13.a e 14); b) uma solicitação do Conselho de Segurança da ONU em conformidade com o Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, referente a “Ameaça à Paz e Segurança Internacionais” (art. 13.b); c) uma investigação iniciada pelo Promotor-chefe de Acusação (arts. 13.c e 15).

Assim, no que diz respeito à legitimidade ativa dos Estados-parte e do Promotor de acusação, o TPIP exercerá sua competência jurisdicional sobre os crimes anteriormente citados(*ratione materiae*), desde que cometidos após a entrada em vigor do Estatuto de Roma (*ratione temporis*), se (i) o Estado em cujo território ocorreu o crime (*ratione loci*) ou (ii) o Estado de nacionalidade do acusado da prática do crime for membro do Estatuto de Roma ou aceitar sua jurisdição em determinado caso (art. 12.2 e 12.3). Já no que concerne à solicitação feita pelo Conselho de Segurança da ONU, não há regras de admissibilidade pré-estabelecidas.

Os papéis do Conselho de Segurança e do Promotor-chefe na persecução criminal do TPIP geraram uma série de discussões e controvérsias durante as reuniões preparatórias do Estatuto.

Com relação ao Conselho de Segurança, a Comissão de Direito internacionalna ONU defendeu sua legitimidade processual alegando que ele por duas vezes já estabeleceu tribunais *ad hoc* (para antiga Iugoslávia em 1993 e para Ruanda em 1994) com base no Capítulo VII da Carta da ONU, contribuindo para a reconciliação nessas áreas de conflito e a restauração da paz e segurança internacionais. Portanto, seria mais do que natural que estivesse apto para provocar situações junto à Corte.

Por outro lado, dentre os países que se revelaram contra essa possível provocação da jurisdição do TPIP por parte do Conselho de Segurança, ao votar a Índia declarou que

o poder de provocação não é necessário. O Conselho de Segurança criou os tribunais ad hoc porque não havia nenhum mecanismo judicial para julgar os extraordinários crimes cometidos na antiga Iugoslávia e Ruanda. Agora, seja como for, o TPIP existe e os Estados signatários terão o poder de provocá-lo. O Conselho de Segurança não precisa fazê-lo a menos que se queira dar a isso dois significados. Em primeiro lugar, que suas provocações tenham uma maior importância que as dos demais, o que significaria uma clara forma de influenciar a justiça a ser feita; em segundo lugar implica que alguns membros do Conselho não pretendem aderir ao TPIP, não aceitarão as obrigações impostas pelo Estatuto de Roma, mas querem ter o privilégio de provocá-la, o que também é inaceitável.¹³⁰

O medo expressado gira em torno da competência do Tribunal de julgar indivíduos de Estados não signatários. No caso de conflitos armados internacionais, é possível que um indivíduo de um não Estado-parte cometa um crime de guerra no território de um Estado parte. Teoricamente, caso a situação não se encontre acobertada pelo disposto no artigo 124 do Estatuto, essas supostas ofensas podem vir a ser matéria de apreciação por parte da Corte, mesmo que o Estado de nacionalidade do agente não seja parte. Dito de outra forma, preenchidos os requisitos, esse indivíduo poderá vir a ser julgado pelo TPIP.

Com base no receio da possibilidade desses julgamentos, observamos constantemente no cenário internacional a existência dos acordos bilaterais de imunidade aos seus nacionais propostos/impostos pelos EUA (enquanto membro efetivo do Conselho de Segurança) aos Estados-parte do Estatuto para se isentarem da possível jurisdição da Corte. Tendo em vista a propositura desses acordos por parte do membro mais poderoso do Conselho de Segurança da ONU, e a não manifestação dos outros

¹³⁰ Citação da explanação extra-oficial "Explanation of Vote by India on the Adoption of the Statute of the International Criminal Court, Rome, July, 17, 1998", citada em BERGSMO, Morten, "O Regime Jurisdicional da Corte Internacional Criminal", in *Tribunal Penal Internacional*, AMBOS, Kai e CHOUKR, Fauzi (orgs), São Paulo, Ed: Revista dos Tribunais, 2000, p. 231.

integrantes desse Conselho contra essa medida tomada pelos EUA, não nos faltam elementos para duvidar e questionar a opinião de Bergsmo em relação ao atual papel assumido pelo Conselho face ao TPIP.

Ao contrário de estender a jurisdição do TPIP para além dos marcos previstos, através desses acordos bilaterais de imunidade, os EUA enquanto membro principal do Conselho de Segurança, pretendem limitá-la, enfraquecê-la, miná-la.

Portanto, não é de se surpreender que, no que diz respeito à legitimidade processual por parte do Promotor de Acusação, diferentemente da posição adotada no caso da legitimidade do Conselho de Segurança, a Comissão de Direito internacional da ONU (representante daquele Conselho e, conseqüentemente dos Estados Unidos) se opôs à legitimidade processual conferida ao promotor, alegando que esse poder configurava um privilégio dos Estados-parte do Tratado e, em certos casos, do Conselho de Segurança.

Ainda assim, a proposta de um promotor *proprio motu* independente defendida por outros países e algumas Ongs acabou ganhando força e venceu a votação.

Dessa maneira, o Promotor passou a poder iniciar uma investigação por conta própria com base nas informações de ocorrência de crimes de competência da Corte (art. 15.1).

Se considerar que existe uma base razoável para levar adiante a investigação, o promotor deverá submeter um pedido de autorização de investigação à Câmara de Pré-julgamento, ao qual deve anexar todo o material coletado. Esse dispositivo prevê também a possibilidade das vítimas fazerem representações junto àquela Câmara de acordo com as regras de Prova e Processo da Corte (art. 15.3)

Após o exame do pedido e da documentação probatória, se a Câmara de Questões Preliminares considerar que há base suficiente para iniciar uma investigação e que o caso parece recair sob a jurisdição do Tribunal, autorizará a instauração de inquérito, sem prejuízo das resoluções subseqüentes que possa adotar posteriormente o Tribunal a respeito de sua jurisdição e da admissibilidade da causa (art.15.4) Caso, ela se negue a autorizar o início das investigações, o promotor pode reapresentar o pedido baseado em novas provas ou fatos pertinentes ao caso (art. 15.5.)

Contudo, caso o promotor concluir que não há base razoável para a investigação, deverá comunicar àqueles que lhe forneceram a informação sua decisão. Apesar dessa decisão do promotor ser irrecorrível, vale ressaltar que os crimes sob a jurisdição do TPIP são imprescritíveis e que, portanto, desde que surjam novos elementos para o caso, ele poderá ser novamente examinado (art. 29)

Quando a denúncia é feita por um Estado-membro do Estatuto ou por parte do Conselho, o Promotor não pode exercer de forma discricionária, sendo obrigado a dar início a investigação. Todavia, o Estatuto reconhece que o Promotor pode cessar as investigações após concluir que não há bases suficientes para dar continuidade ao caso seja porque os fundamentos factuais e legais são insuficientes ou porque o caso é inadmissível (art. 17) ou porque o caso não é de interesse da justiça levando-se em consideração a gravidade do crime e o interesse das vítimas, existem razões sólidas para acreditar que uma investigação não seria do interesse da justiça (art.53.2). Nessa situação, como já dito anteriormente, o Promotor é obrigado a comunicar sua decisão à Corte de Pré-julgamento bem como à parte denunciante. Esta pode recorrer da decisão na Corte de Pré-julgamento, que poderá pedir ao Promotor que a reconsidere. Tal função pressupõe

um alto grau de neutralidade e imparcialidade. Nesse sentido, o Promotor parece mais um juiz de instrução do modelo inquisitorial do que um Promotor do modelo baseado no contraditório da *Common Law*.

IV.III- A COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PERMANENTE

O TPIP é sediado na cidade holandesa de Haia e é composto por quatro órgãos: uma Presidência, três divisões judiciais (uma Seção de Apelações, uma Seção de Julgamento em Primeira Instância e uma Seção de Questões Preliminares), a Promotoria e a secretaria (art. 34).

Cabe a Assembléia dos Estados-membros -composta tanto pelos países que ratificaram o Estatuto, quanto por aqueles que apenas o assinaram (art. 112.1)- eleger 18 juízes de Estados-partes em regime de dedicação exclusiva que serão independentes para exercer suas funções e, dentre os quais, 3 comporão a Presidência da Corte (arts. 35.1 cc 36.1).

Os juízes e os promotores deverão ser escolhidos entre indivíduos que gozem de alta consideração moral, imparcialidade e integridade, e que sejam competentes nas matérias de Direito Penal e Processual Penal de seus respectivos países bem como em Direito Penal Internacional e Direito Internacional Humanitário e dos Direitos Humanos. Para os fins da eleição dos juízes são feitas duas listas de candidatos, A e B, de acordo com as respectivas categorias de competência em direitoe processo penais e em direito internacionalcitadas acima. Os candidatos que reúnam os requisitos para ambas as listas poderão escolher em qual delas desejam permanecer. Na primeira eleição, pelo menos nove Juízes serão eleitos dentre os candidatos da lista A e pelo menos cinco serão eleitos

dentre os da lista B. As eleições subseqüentes se organizarão de modo a que se mantenha no Tribunal uma proporção equivalente de Juízes de ambas as listas (art. 36. 7).

Através de uma votação secreta, a Assembléia dos Estados Partes elegerá os 18 juízes candidatos que obtiverem o maior número de votos e uma maioria de dois terços dos Estados-partes presentes e votantes, sendo que não poderá haver dois juízes que sejam nacionais do mesmo Estado.

Os Estados-partes deverão atentar para a necessidade de que na composição do Tribunal haja a representação dos principais sistemas jurídicos do mundo, a representação geográfica equitativa e a representação equilibrada de Juízes mulheres e homens (art. 36.8). Os Juízes serão eleitos para um mandato de nove anos e não poderão ser reeleitos. Contudo, na primeira eleição, um terço dos Juízes eleitos serão escolhidos por sorteio para cumprir um mandato de três anos, um terço dos Juízes serão escolhidos por sorteio para cumprir um mandato de seis anos e os restantes cumprirão um mandato de nove anos. Um Juiz escolhido para cumprir um mandato de três anos poderá ser reeleito para um mandato completo (art. 36.9).

Além dos casos de dispensa, o Estatuto estabelece algumas situações de impedimento de um Juiz desde que haja um motivo razoável para colocar em dúvida a sua imparcialidade. Nesse sentido, um Juiz será recusado, *inter alia*, se já tiver desempenhado anteriormente qualquer função no processo no próprio Tribunal ou em processo penal conexo no plano nacional que guarde relação com o indivíduo objeto da investigação ou julgamento.¹³¹

¹³¹ Outras motivações para recusa do exercício da função jurisdicional poderão ser estabelecidos nas Regras de Procedimento e Prova. Tanto o promotor quanto o indivíduo objeto de investigação ou julgamento poderá requerer o impedimento de um juiz. As controvérsias relativas ao impedimento de um Juiz serão

Vejamos a seguir a lista dos juízes eleitos para dar início ao funcionamento das atividades do TPIP:

JUIZES (ordenados por sobrenome)	NACIONALIDADE	SEXO	LISTA A/B	DURAÇÃO DO CARGO (ANO)
BLATTMANN, René	Bolivia	Masculino	B	6
CLARK, Maureen Harding	Irlanda	Feminino	A	9
DIARRA, Fatoumata Dembele	Mali	Feminino	A	9
FULFORD, Adrian	Reino Unido	Masculino	A	9
HUDSON-PHILLIPS, Karl T.	Trinidad e Tobago	Masculino	A	9
JORDA, Claude	França	Masculino	A	6
KAUL, Hans-Peter	Alemanha	Masculino	B	3
KIRSCH, Philippe	Canadá	Masculino	B	6
KOURULA, Erkki	Finlândia	Masculino	B	3
KUENYEHIA, Akua	Gana	Feminino	B	3
ODIO BENITO, Elizabeth	Costa Rica	Feminino	A	9
PIKIS, Gheorghios M.	Ciprus	Masculino	A	6
PILLAY, Navanethem	África do Sul	Feminino	B	6
POLITI, Mauro	Itália	Masculino	B	6
SLADE, Tuiloma Neroni	Samoa	Masculino	A	3
SONG, Sang-hyun	República da Coreia	Masculino	A	3
STEINER, Sylvia H. de Figueiredo	Brasil	Feminino	A	9
USACKA, Anita	Latvia	Feminino	B	3

Aos 11 dias do mês de março de 2003, os juízes do TPIP tomaram posse de seus cargos numa cerimônia oferecida pelo governo holandês na cidade sede do TPIP, Haia. Nessa mesma ocasião, os juízes elegeram o Juiz Philippe Kirsch do Canadá como Presidente do TPIP, a juíza Akua Kuenyehia de Gana como primeira Vice-Presidente e a juíza Elizabeth Odio Benito da Costa Rica como segunda Vice-Presidente.

Durante a segunda sessão da plenária dos juízes, entre os dias de 16 a 27 de junho de 2003, eles finalizaram a composição das diferentes divisões da corte, conforme podemos observar a seguir:

solucionadas pela maioria absoluta dos juízes. O juiz, cujo impedimento tenha sido requerido, terá direito a apresentar observações sobre a matéria, mas não tomará parte na decisão. (N. A.).

- A Câmara de Pré-julgamento é composta pelos seguintes juízes: Juíza Akua Kuenyehia, Juiz Claude Jorda, Juiz Tuiloma Neroni Slade, Juiz Hans-Peter Kaul, Juiz Mauro Politi, Juíza Fatoumata Diarra e a Juíza Sylvia Steiner.
- A Câmara de Julgamento é composta pelos seguintes juízes: Juíza Elizabeth Odio Benito, Juiz Karl Hudson-Phillips, Juíza Maureen Clark, Juiz René Blattmann, Juíza Anita Usacka, e o Juiz Adrian Fulford.
- A Câmara de Apelação é composta pelos seguintes juízes: Juiz Philippe Kirsch, Juiz Georgios Pikis, Juíza Navi Pillay, Juiz Sang-hyun Song, e o Juiz Erkki Kourula.

A Promotoria, órgão autônomo do Tribunal, também funcionará de forma independente, sendo responsável pelo recebimento das denúncias e das informações fundamentadas sobre crimes do âmbito da jurisdição do Tribunal, pelo seu exame, pela condução de investigações e pela proposição da ação penal junto ao Tribunal (art. 41.1). Chefiada pelo Promotor-chefe, que terá autoridade plena para dirigir e administrar a Promotoria, inclusive o pessoal, as instalações e outros recursos. O Promotor-chefe será auxiliado por um ou mais Promotores Adjuntos, que poderão desempenhar quaisquer das funções que lhe cabem, em conformidade com o presente Estatuto.

O Promotor será eleito em votação secreta por maioria absoluta dos membros da Assembléia dos Estados Partes. Os promotores adjuntos serão eleitos da mesma maneira, com base em uma lista de três candidatos apresentada pelo Promotor. Todos exercerão suas funções por um período de nove anos e não poderão ser reeleitos.

O Dr. Luis Moreno Ocampo foi eleito o primeiro promotor do TPIP no dia 21 de abril de 2003. Tomou posse de seu cargo numa sessão aberta da Corte realizada em 16 de junho, presidida pelo Juíz Kirsch. Neste mesmo mês, o Promotor-Chefe abriu

inscrições para candidatos à Promotores de investigação. Em 11 de agosto de 2003, Luis Moreno Ocampo informou ao Presidente da Assembleia de Estados-partes que o processo seletivo dos candidatos havia terminado e que foram nomeados para os cargos o Dr. Serge Brammertz (Bélgica), Dr. Hassan Bubacarr Jallow (Gâmbia) e o Dr. Valdimir Tochilovsky (Ucrânia).

Em fevereiro de 2004 foram abertas novas vagas para Promotores de acusação e em 15 de julho de 2004, o Promotor-Chefe anunciou as novas nomeações: a Dra. Fatou Bensouda (Gâmbia), Ms. Nicola Crutchley (Nova Zelândia e New Zealand), o Dr. Josaia Naigulevu (Ilhas Fiji).

Caso o Promotor peça dispensa de intervir em um determinado processo, cabe à Presidência decidir. Serão impedidos nos mesmos casos dos Juízes, porém aqui as controvérsias relativas ao impedimento do Promotor ou de um Promotor Adjunto serão dirimidas pela Câmara de Apelações.

A Secretaria é encarregada dos aspectos não judiciais da administração do Tribunal e de prestar-lhe serviços. Será chefiada pelo Secretário, principal funcionário administrativo do Tribunal. Este será eleito pela maioria absoluta dos juízes diretamente, ficando subordinado à Presidência do Tribunal.

O Secretário é responsável pelo estabelecimento de uma Unidade de Vítimas e Testemunhas dentro da Secretaria, que deverá adotar medidas de proteção e dispositivos de segurança, prestando assessoria às testemunhas e vítimas que compareçam ao Tribunal.

IV. IV - O FUNCIONAMENTO DA CORTE

A) OS PRINCÍPIOS DE DIREITO PENAL E APLICAÇÃO DAS NORMAS DA CORTE

O TPIP nos princípios da legalidade, da irretroatividade e da responsabilidade individual do direito penal internacional elencados na 3ª parte do Estatuto de Roma.

Nesse sentido, o TPIP só poderá exercer sua jurisdição com relação às hipóteses legais previstas como crimes em seu estatuto. Ademais, só será competente para julgar crimes ocorridos posteriormente a sua entrada em vigor.

Além disso, caso um processo já tenha sido julgado pela justiça doméstica de um Estado, o Estatuto prevê a proibição de duplo julgamento pelo cometimento de mesmo crime (o princípio do *ne bis in idem*) (art. 20). Ou seja, a não ser em situações excepcionais, o Tribunal não é competente para julgar novamente o caso nem rever a decisão anterior. Portanto, a sentença transitada em julgado de crimes previstos no Estatuto de Roma impede novo julgamento da mesma conduta por parte do TPIP, a menos que os procedimentos do outro tribunal: a) tenham obedecido ao propósito de subtrair o acusado de sua responsabilidade penal por crimes sob a jurisdição do Tribunal; ou b) não tenham sido conduzidos de forma independente ou imparcial, em conformidade com as normas do devido processo reconhecidas pelo direito internacional, mas de tal forma que, nas circunstâncias, era incompatível com a intenção de efetivamente submeter o indivíduo em questão à ação da justiça (art. 20.3)

Por outro lado, o Estatuto também proíbe o julgamento de um indivíduo pelo cometimento de um crime previsto no Estatuto de Roma por qualquer tribunal doméstico se ele já tiver sido condenado ou absolvido pelo TPIP.

Ressalta-se ainda a preservação do princípio da presunção de inocência do réu. Assim, em caso de ambigüidade da norma, deve-se recorrer ao princípio do *in dubio, pro reu*.

A responsabilidade penal individual divide-se em elementos objetivos e subjetivos. São três as formas de autoria previstas no Estatuto: a) autoria imediata, direta; b) co-autoria; c) autoria mediata, indireta, seja este ou não penalmente responsável (art.25.3). O Estatuto de Roma também prevê hipóteses de defesas processuais (arts. 26 e 27) e excludentes de responsabilidade criminal (art.31). Além disso, o Estatuto também prevê regras de responsabilidade penal do Estado (art. 25.4).

Para minimizar as confusões e dificuldades no que concerne à aplicação das leis ao fato concreto, o Estatuto prevê a utilização da interpretação restritiva e não extensiva ou analógica na definição de um crime (art.22).

A fim de se interpretar e aplicar às definições dos crimes previstos pelo TPIP, criou-se o documento “Elementos dos Crimes”, adotado em julho de 2000 pela Comissão Preparatória do TPIP (art. 9).¹³² Esse documento é fonte de direito aplicável pela Corte, desde que esteja em consonância com seus princípios, visto que é lei subordinada ao Estatuto (art. 21.1.a).

Portanto, em caso de julgamentos da Corte, primeiramente, aplica-se o Estatuto de Roma, com as definições e elementos de crimes e regras de prova e processo, depois os tratados e princípios e regras de direito internacional. Não sendo possível a aplicação desses, serão aplicadas as normas e princípios da lei dos Estados onde o crime foi cometido, desde que estes sejam compatíveis com os princípios de direito internacional.

¹³² Art. 9º do Estatuto de Roma. Sobre o documento “Elementos dos crimes” ver “Relatório de Preparación de la Comisión de La Corte Penal Internacional Permanente”, UN. DOC. PCNICC/2000.

Além disso, a aplicação e interpretação do direito devem ser compatíveis com os Direitos humanos internacionalmente reconhecidos, sem distinção alguma baseada em motivos como gênero, raça, idade, cor, religião ou credo, opinião política, origem nacional, étnica ou social, a posição econômica e outras (art. 21).

B) INVESTIGAÇÃO, JULGAMENTO E APELAÇÃO DA SENTENÇA NO TPIP

O procedimento do TPIP inicia-se através de uma investigação, seja ela provocada por um Estado-membro ou pelo Conselho de Segurança ou iniciada pelo próprio Promotor. O final da investigação pode ser de duas maneiras: ou a Promotoria decide que o caso não se enquadra nas condições de admissibilidade da Corte e o arquiva ou submete-o à Câmara de Pré-julgamento.

A Câmara de Pré-julgamento deve marcar uma audiência para confirmar o recebimento das acusações dentro de um período razoável a partir da detenção do suspeito ou da sua apresentação voluntária perante a Corte. Tanto o Ministério Público quanto o acusado devem comparecer a essa audiência. O acusado deve ser informado das acusações que recaem sobre ele e das provas sobre as quais o MP deverá embasar sua atuação. É assegurado a ele o direito de defesa.

Após o debate entre as partes, compete à Câmara decidir se as provas são suficientes para estabelecer um nível substancial de suspeita que faça crer que o acusado é realmente o perpetrador do crime em questão. Caso considere o conjunto probatório inicial suficiente, confirmará e submeterá a acusado a um julgamento perante à Câmara de Julgamento do TPIP. Caso considere insuficiente para dar continuidade ao procedimento judicial, recusará o recebimento da acusação, determinando que se a

Promotoria quiser poderá emendar a pretensão com novas provas ou novos elementos (art. 61).

Apesar do procedimento judicial do TPIP ser um híbrido de dois diferentes sistemas jurídicos, o da *Common Law* e o acusatório, parece que o último prevalece sobre o primeiro, principalmente no que refere aos procedimentos do julgamento, que assegura o princípio do contraditório e da ampla defesa. No entanto, os termos do Estatuto são abrangentes o bastante para propiciar uma grande divergência entre as abordagens jurídicas a serem aplicadas. Por isso, nessa etapa processual, torna-se evidente a relevância do papel do juiz no TPIP. Assim, dependendo da abordagem adotada pelos juízes, o processo pode tomar rumos bastante distintos.

Cabe à Câmara assegurar um julgamento justo e rápido no qual sejam respeitadas as regras de defesa do acusado e a proteção das vítimas e testemunhas. Dentre os poderes gerais da Câmara de Julgamento estão: a determinação coercitiva de comparecimento de testemunhas e vítimas, a produção de provas e outros documentos, solicitando, se necessário, a assistência dos Estados, a adoção de medidas para proteger informações confidenciais, a determinação de apresentação de provas adicionais às coletadas antes do julgamento ou às apresentadas durante o julgamento pelas partes, a adoção de medidas de proteção do acusado, das testemunhas e das vítimas (art. 64.6).

No início do julgamento, as acusações devem ser lidas ao acusado e a Câmara deve se certificar de que ele entendeu a natureza de tais imputações (art. 64.9) O acusado pode se confessar. Cabe a Câmara de Julgamento julgá-la válida ou nula, condenando o réu ou dando continuidade ao julgamento (art.65)

Dentre os direitos do réu, o direito a um processo público e justo e o direito à ampla defesa, garantindo a ele o contraditório são os mais importantes. A proteção das vítimas e testemunhas também é prevista pelo Estatuto (art. 68). Também é prevista a proteção de informações relativas à segurança nacional (arts. 72 e 73).

Todos os Juízes da Câmara de Primeira Instância são obrigados a estar presentes em todas as fases do julgamento e em todas as deliberações. A Câmara de Primeira Instância deverá fundamentar sua sentença que não poderá julgar para além dos fatos e das circunstâncias descritas nas acusações. Em não havendo unanimidade na sentença, valerá a decisão da maioria, que deve ser redigida de modo a conter tanto a fundamentação vencedora como a do voto vencido. Apesar das deliberações da Câmara de Primeira Instância serem secretas, a leitura da sentença ou de seu resumo serão realizadas em sessão pública.

Contra a decisão da Câmara de Julgamento de Primeira Instância cabe o recurso de apelação por ambas as partes: seja por parte do réu ou da Promotoria. Tal recurso pode estar fundado em erro procedimental, erro sobre o fato ou de direito, ou por qualquer outro motivo que afete a equidade ou a regularidade do processo ou da sentença (art. 81.1.a e 81.1.b).

Se o Tribunal, ao conhecer da apelação de uma sentença, considerar que há base para revogar a condenação em todo ou em parte, intimará o Promotor e o condenado a apresentarem seus argumentos, em conformidade com as motivações acima expostas, podendo proferir nova decisão quanto à condenação, de acordo com os procedimentos da apelação (arts. 81.2.b. e 83). Vale ressaltar que, salvo se a Câmara de Primeira Instância determinar de forma diferente, o acusado permanecerá preso enquanto a apelação estiver

sendo decidida.¹³³ Há também uma série de outras matérias recorríveis (art. 82), que seguem o procedimento sumário e não possuem efeito suspensivo. Observa-se que a execução da decisão ou sentença será suspensa durante o prazo fixado para a apelação e enquanto durarem seus procedimentos.

Se a Câmara de Apelação julgar procedente a apelação poderá tanto revogar ou emendar a sentença ou a pena quanto determinar a realização de novo julgamento em outra Câmara de Primeira Instância (art. 83.2). Essa sentença também ter de ser fundamentada, aprovada por maioria dos Juízes que a compõem e pronunciada em audiência pública. Não havendo unanimidade no julgado, a sentença deverá conter as opiniões da maioria e da minoria (art. 83.4).

O Estatuto prevê também a possibilidade de revisão da sentença condenatória definitiva (art. 84). Se o considerar improcedente, a Câmara de Apelações indeferirá o pedido de revisão. Se determinar que o pedido deve ser atendido, poderá, conforme o caso: a) reconvocar a Câmara de Primeira Instância original; b) constituir uma nova Câmara de Primeira Instância; c) reter sua jurisdição sobre a matéria, a fim de, após ouvir as partes na forma prevista nas Regras de Procedimento e Prova, determinar se a sentença deve ser revisada (art. 84.2).

Durante as negociações do Comitê Preparatório sobre a sentença e a execução das penas do Estatuto de Roma, ficou evidente não ser possível introduzir penas específicas para cada crime do Estatuto. Esse tratado estabelece a pena privativa de liberdade como

¹³³ Porém, se a duração da prisão for superior à da pena de reclusão imposta, o condenado será posto em liberdade. Caso o Promotor apele da sentença que tenha absolvido o réu, motivo pelo qual ele deveria ser imediatamente posto em liberdade, o acusado poderá ainda permanecer preso em circunstâncias excepcionais tais como o risco concreto de fuga, a gravidade do delito e a probabilidade de êxito na apelação. Contra esse tipo de decisão da Corte também cabe recurso do réu que, tendo em vista sua sentença absolutória, não deveria continuar encarcerado. (N.A.)

sendo a pena básica a ser aplicada pela Corte, incluindo também a prisão perpétua em algumas situações.

Após longos debates que expressaram profundas diferenças de valores culturais entre os Estados-membro, o Tribunal excluiu a possibilidade de pena de morte, independentemente da seriedade das ofensas que serão julgadas. Contudo, as penas do Estatuto de Roma não excluem as sanções internas dos países (art. 80). Há também a previsão de confisco e multa como penas acessórias (art. 79).

A sentença de prisão deve ser cumprida do Estado designado pelo Tribunal a partir de uma lista de Estados que demonstrarem a ela seu interesse em aceitar condenados (art. 103.1.a). A designação de um Estado é um ato tomado com bases discricionárias.¹³⁴

IV.V- A COOPERAÇÃO DOS ESTADOS

A cooperação dos Estados no que diz respeito às atividades do TPIP é indispensável para o efetivo funcionamento dessa corte. Assim, todos os Estados signatários são obrigados a colaborar completamente com o Tribunal (art. 86). Pelo fato dos procedimentos de cooperação não serem expressamente previstos no Estatuto, torna-se difícil deduzir quais são os deveres concretos que decorrem deste princípio.

Quanto à possibilidade de um Estado-parte não cooperar com a Corte ou o fizer de forma ineficaz, o estatuto não é específico. Refere-se apenas à atuação da Assembléia dos Estados-partes ou ao Conselho de Segurança da ONU (art.87.7). A cooperação entre

¹³⁴ Levando em consideração: a) o princípio de que os Estados Partes devem compartilhar a responsabilidade pela execução das penas privativas de liberdade, de acordo com os princípios de distribuição equitativa previstos nas Regras de Procedimento e Prova; b) a aplicação de regras convencionais do direito internacional geralmente aceitas sobre o tratamento de reclusos; c) a opinião do condenado; d) a nacionalidade do condenado; e) outros fatores relativos às circunstâncias do crime ou ao condenado, ou à execução eficaz da pena, conforme o caso, na designação do Estado de execução. (N. A.).

o Tribunal e terceiros, Estados não signatários ou Ongs também é prevista no Estatuto (art. 87.5 e 87.6).

A grande questão que se coloca com relação à cooperação dos Estados-membro com o TPIP é a necessidade daqueles entregarem seus nacionais para serem julgado por essa corte supranacional. Trata-se da discussão acerca incompatibilidade da soberania nacional frente ao caráter supranacional do Tribunal no que diz respeito ao poder de julgar e punir seus nacionais. O instituto da extradição de nacionais para julgamento em outros Estados sempre foi alvo de meticulosos acordos de cooperação no âmbito da sociedade de Estados-soberanos. Contudo, pensar similar instituto sob a égide do TPIP é pensar a delegação do poder de julgar e punir dos Estados nacionais membros do Tratado à Corte de caráter supranacional, o que pode ser, em muitos casos, bastante perigoso.

Devido às controvérsias geradas no âmbito político acerca do instituto da extradição, ao final da Conferência de Roma, decidiu-se por empregar o termo ‘entrega’ para denominar o encaminhamento de uma pessoa por parte de um Estado ao Tribunal. A fim de evitar quaisquer problemas semânticos, o próprio Estatuto diferencia os intitutos em questão:

Por 'entrega' se entenderá a entrega de um indivíduo por um Estado ao Tribunal, em conformidade com o disposto no presente Estatuto; por 'extradição' se entenderá a entrega de um indivíduo por um Estado a outro, em conformidade com o disposto em um tratado, convenção ou no direito interno (art.102).

Todavia, de qualquer forma, recebendo o nome de ‘extradição’ ou ‘entrega’, mais uma vez o que está em jogo aqui é a delegação do *jus puniendi* estatal sobre seus cidadãos a uma Corte supranacional. Tal delegação aponta, no mínimo, para uma interferência no princípio da igualdade soberana entre os Estados, princípio este que rege as relações internacionais. Isto porque, o fato de nem todos os Estados nacionais serem

parte do Estatuto do TPIP e desse Tratado não admitir reservas à sua jurisdição e competência implica em condições de cooperação bastante distintas entre os membros e os não-membros da Corte.

Como exemplo dessa distinção de condições e obrigações, os Estados-partes deverão garantir a existência de procedimentos aplicáveis a todas as formas de cooperação especificadas no Estatuto (art. 88). No que diz respeito ao pedido de entrega de nacionais por parte do TPIP, o Estatuto dispõe os deveres básicos dos Estados-partes para cumprir essa requisição de acordo com sua lei nacional (art.89).

Vale ressaltar que o Estatuto não fornece aos Estados-partes um grau de recusa com relação aos seus nacionais. A situação de processos concomitantes em âmbito nacional oferece um exemplo de como é possível substituir graus de recusas por soluções mais sutis. O interesse de um Estado em não entregar seus nacionais com base no princípio do *ne bis in idem* é, sem dúvida correto.

No caso de pedidos concorrentes, ou seja, um de entrega de um indivíduo por parte do Tribunal e outro de sua extradição por parte de qualquer Estado, cabe ao Estado-parte notificar o Tribunal. Caso o Estado requerente seja parte do TPIP, o requerido é obrigado a priorizar o pedido da Corte em certos casos. Caso o Estado requerente não seja membro e o Estado requerido não esteja obrigado por nenhum acordo interestatal a conceder a extradição ao Estado requerente, dará prioridade ao pedido de entrega feito pelo Tribunal nos casos de admissibilidade da causa (art. 89).

A obrigação de cooperação genérica de um Estado consiste em prover toda assistência ao TPIP desde que não seja expressamente proibida por suas normas internas. Dentre elas estão: a identificação e localização dos réus e dos materiais do crime, a

realização de oitiva de testemunhas e do interrogatório dos réus, a produção de provas, incluindo perícias e relatórios sobre o assunto, a proteção das vítimas e das testemunhas, a proteção dos documentos e das evidências e outras. Já as formas específicas de cooperação são listadas no artigo 93 do Estatuto. Caso o Estado-parte do Tratado se recusar a cooperar com os pedidos de assistência da Corte, ela pode remeter tal requerimento à Assembléia dos Estados-parte.

CAPÍTULO IV - O DEBATE ACERCA DA RATIFICAÇÃO DO TRATADO DO TPIP NO BRASIL

O presente capítulo tem como objetivo analisar o debate político jurídico que se fez no Brasil no período de 1998 a 2003 acerca da ratificação do Tratado do TPIP, pretendendo responder às seguintes questões:

- 1) Onde esse debate se processa?
- 2) Quem participa dele?
- 3) Quais as posições que nele se confrontam?
- 4) Quem as sustenta?
- 5) Com base em que tipos de argumentos elas são sustentadas?;

A fim de realizarmos nossa tarefa, buscamos abarcar dados bibliográficos das duas naturezas que permeiam nossa temática: a política e a jurídica. Assim, para dar conta do debate político-jurídico em torno do Tribunal Penal Internacional Permanente, buscamos, por um lado, dados que revelam o debate propriamente político, que se fez e se faz, principalmente no âmbito do Congresso Nacional, durante todo o processo legislativo do TPIP, desde as discussões sobre a aprovação de seu Estatuto até a efetiva incorporação desse tratado internacional e a posterior adaptação da legislação brasileira.

Por outro lado, examinamos também documentos que expressam o debate realizado entre juristas “especialistas” sobre o tema. Dessa maneira, não é por acaso que os argumentos apresentados nesses textos referem-se muito mais aos aspectos jurídicos envolvidos nessa proposta, deixando de lado, na maioria das vezes, de discutir o caráter político dessa Corte Penal Supranacional.

A partir da criação de um banco de dados sobre os principais interlocutores: quem são os indivíduos que intervêm com maior frequência e de forma mais sistemática no debate sobre a ratificação? Qual a sua inserção social? Como se definem e ou, são definidos politicamente? Qual a sua trajetória?

Como desejado, a base de dados não é homogênea e reúne uma série de elementos contrastantes. Com esses elementos de informação formulamos proposições empiricamente fundadas sobre a amplitude do debate, num ponto dado do tempo, e no decurso do período considerado. Esse material é a base para desenharmos a configuração do debate, vale dizer, detalhar o quadro das posições diferenciadas que nele se expressam, e reconstituir as linhas argumentativas que caracterizam cada uma delas.

Como já mencionado anteriormente no projeto de pesquisa (2002), desde 1998 o debate político-jurídico acerca do TPIP no Brasil revelou-se favorável à sua ratificação, ainda que alguns institutos previstos pelo Estatuto de Roma possam vir a ser considerados legalmente incompatíveis com a nossa Constituição Federal de 1988.

As principais controvérsias entre o Estatuto de Roma do TPI e a nossa Carta Magna têm gerado em torno de algumas previsões polêmicas do Estatuto: a pena de prisão perpétua, a entrega de nacionais ao Tribunal, a possibilidade de duplo julgamento pelo cometimento de mesmo crime e imunidades em geral e relativas ao foro por prerrogativa de função.

Após a criação do Estatuto de Roma, em julho de 1998, o Brasil assinou o Tratado em 2000, ratificando-o em junho de 2002. Nesse ínterim, a temática foi debatida no cenário político-jurídico brasileiro, através de sessões extraordinárias ou seminários

realizados no Congresso Nacional e em outros espaços públicos, entre representantes da Câmara e do Senado e juristas “especialistas”, acadêmicos e consultores.

Considerando-se que a maior parte dos atores políticos que discutiram e analisaram a natureza e o papel do Tribunal Penal Internacional Permanente revelaram posições favoráveis a essa instituição e, conseqüentemente, a sua ratificação e implementação por parte do Brasil, observamos que esse debate resultou numa grande interação entre esses atores em torno do tema.

A nomeação do “Grupo de Trabalho - Estatuto de Roma” a fim de elaborar a adaptação da legislação interna ao Estatuto do TPIP é um exemplo dessa interação, como pretendemos demonstrar ao longo de nosso relatório.

I - A INTERAÇÃO E O EMPENHO DE REPRESENTANTES DOS PODERES LEGISLATIVO, EXECUTIVO E JUDICIÁRIO E JURISTAS, MILITANTES DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL NO DEBATE PELA RATIFICAÇÃO DO TRATADO DO TPIP.

II - O PROCESSO LEGISLATIVO NO PLANO POLÍTICO

A) DO PERÍODO DE 1998 A 2002

O empenho do Poder Legislativo brasileiro, em especial das Comissões Permanentes de Direitos humanos e de Relações Exteriores da Câmara dos Deputados, na discussão e campanha pela ratificação do TPIP inicia-se durante o segundo governo do Ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso (1998-2002).

A fim de sabermos quem são os participantes dessas Comissões, bem como termos uma noção de suas posições político-partidárias, segue uma lista abaixo dos nomes dos componentes de ambas as Comissões e os partidos políticos aos quais são filiados. Além disso, destacamos de antemão, em negrito os deputados que mais presentes no debate político acerca do TPIP:

MESA DA CÂMARA DE DEPUTADOS - 51ª LEGISLATURA/2ª SESSÃO LEGISLATIVA 2000;

Presidente: MICHEL TEMER (PMDB-SP)
Primeiro-Vice-Presidente: HERÁCLITO FORTES (PFL-PI)
Segundo-Vice-Presidente: SEVERINO CAVALCANTI (PPB-PE)
Primeiro-Secretário: UBIRATAN AGUIAR (PSDB-CE)
Segundo-Secretário: NELSON TRAD (PTB-MS)
Terceiro-Secretário: JAQUES WAGNER (PT-BA)
Quarto-Secretário: EFRAIM MORAIS (PFL-PE)

Suplentes de secretário

Primeiro-Suplente: GIOVANNI QUEIROZ (PDT-PA)
Segundo-Suplente: LUCIANO CASTRO (PSDB-RR)
Terceiro-Suplente: ZÉ GOMES DA ROCHA (PMDB-GO)
Quarto-Suplente: GONZAGA PATRIOTA (PSB-PE)

Diretor-Geral: ADEMAR SILVEIRA SABINO
Secretário-Geral da Mesa: MOZART VIANNA DE PAIVA

COMISSÃO DE RELAÇÕES EXTERIORES E DE DEFESA NACIONAL

Presidente: Deputado Antonio Carlos Pannunzio

Primeiro Vice-Presidente: Deputado Arnon Bezerra

Segundo Vice-Presidente: Deputado Synval Guazzelli

Terceiro Vice-Presidente: Deputado Paulo Delgado

TITULARES	SUPLENTES
Alberto Fraga	Abelardo Lupion
Aldir Cabral	Antonio Geraldo
Aldo Rebelo	Aracely de Paula
Aroldo Cedraz	Augusto Franco
Arthur Vigílio	Bispo Wanderval
Átila Lins	Edmar Moreira
Bonifácio de Andrada	Eduardo Jorge
Cabo Júlio	Eduardo Seabra
João Magalhães	Jorge Khoury
Cláudio Cajado	Jorge Pinheiro
Clóvis Volpi	José Chaves
Coronel Garcia	José Dirceu
Cunha Bueno	Laire Rosado
Damião Feliciano	Lavoisier Maia
De Valesco	Luciano Castro

Edison Andrino	Luciano Pizzatto
Elcione Barbalho	Luiz Moreira
Fernando Gonçalves	Manoel Castro
Francisco Rodrigues	Marcelo Deda
Haroldo Lima	Marcio Fortes
Jair Bolsonaro	Maria Elvira
João Herrmann Nreto	Milton Temer
Joaquim Francisco	Nelson Otoch
Jorge Wilson	Renildo Leal
TITULARES	SUPLENTEs
Jorge Wilson	Robério Araújo
José Carlos Elias	Ronaldo Cezar Coelho
José Lourenço	Silvio Torres
José Teles	Valemar Costa Neto
José Thomaz Nonô	Vicente Arruda
Leur Lomanto	Vicente Caropreso
Luiz Carlos Hauly	Vilmar Rocha
Luiz Mainardi	Waldir Pires
Mário de Oliveira	Wanderley Martins
Neiva Moreira	Zeire Rezende
Nilmário Miranda	Zé Gomes da Rocha
Paulo Kobayashi	Zalaiê Cobra
Paulo Mourão	
Pedro Valadares	
Ricardo Rique	
Virgílio Guimarães	
Wagner Salustiano	
Valdomiro Fioravante	
Werner Wanderer	

COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS/MEMBROS TITULARES EM 31-12-1999

PRESIDENTE: Deputado NILMÁRIO MIRANDA (PT)
1º VICE-PRESIDENTE: Deputado NELSON PELLEGRINO (PT)
2º VICE-PRESIDENTE: Deputado AGNELO QUEIROZ (PCdoB)
3º VICE-PRESIDENTE: Deputado NEUTON LIMA (PFL)

DEPUTADO	PARTIDO	ESTADO
Agnelio Queiroz	Bloco/PCdoB	DF
Alberto Fraga	PMDB	DF
Almir Sá	PPB	RR
Badu Picanço	PSDB	AP
Cabo Júlio	Bloco/PL	MG
Eduardo Barbosa	PSDB	MG
Flavio Arns	PSDB	PR
João Grandão	PT	MS
José Linhares	PPB	CE
Julio Delgado	PMDB	MG
Marcondes Gadelha	PFL	PB
Max Mauro	PTB	ES
Nelson Pellgrino	PT	BA
Neuton Lima	PFL	SP
Nice Lobão	PFL	MA
Nilmário Miranda	PT	MG
Nilton Baiano	PPB	ES
Reginaldo Germano	PFL	BA
Ricardo Noronha	PMDB	DF
Rita Camata	PMDB	ES
Rubens Furlan	PFL	PR
Sebastião Madeira	PSDB	MA
Silas Câmara	PFL	AM
Antônio Feijão	PSDB	AP
MEMBROS SUPLENTE EM 31-12-1999		
Danilo de Castro	PSDB	MG
De valesco	Bloco/PST	SP
Eber Silva	PDT	RJ
Elcione Barbalho	PMDB	PA
Fernando Gabeira	PV	RJ
Jaime Martins	PFL	MG
Jair Bolsonaro	PPB	RJ
José Antonio	Bloco/PSB	MA

Laura Carneiro	PFL	RJ
Marcos Rolim	PT	RS
Padre Roque	PT	PR
Pedro Wilson	PT	GO
Rolande Lagne	PFL	BA
Walter Pinheiro	PT	BA
Zila Bezerra	PFL	AC

Dentre os países que participaram da elaboração do Estatuto de Roma durante a “Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas sobre o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional”, entre os meses de junho e julho de 1998, está o Brasil.

O Deputado Eduardo Jorge-PT (1998-2002), membro da Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional da Câmara foi um dos representantes do governo brasileiro no processo de negociação e elaboração do texto do Estatuto. Ao final daquela reunião, a maioria dos Estados aprovou o texto do Estatuto, sendo que alguns inclusive assinaram e ou também ratificaram o tratado.

Por não terem poderes de avaliar os tratados e acordos internacionais à época¹³⁵, o Estatuto de Roma foi trazido ao Brasil com o propósito de ser encaminhado para avaliação por parte do Poder Executivo. Inclusive os representantes do governo brasileiro. Contudo, não possuíam eles no momento, poderes específicos para avaliar.

¹³⁵ Vale ressaltar que em 23 de setembro de 2002, a Comissão de Constituição e Justiça e de Redação aprovou a admissibilidade da Proposta de Emenda à Constituição 345/01, do deputado Aloízio Mercadante (PT-SP), que atribui ao Congresso poderes para avaliar os acordos e tratados internacionais antes de serem assinados pelo Poder Executivo. Para o presidente da Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional, deputado Aldo Rebelo (PCdoB-SP), o projeto é de fundamental importância para o Legislativo, “*pois deixamos a função passiva de órgão homologador para nos tornarmos órgão decisório*”. In “Câmara quer poder decisório sobre tratados e acordos”, Pauta - 23/9/2002 16h12, notícia extraída da Agência Câmara no site www.camara.gov.br/agencia em 03/05/04. (N.A.)

Em 20 de janeiro de 1999, o Deputado apresentou a proposição INC-1372/1999, sujeita à apreciação do Plenário da Câmara, sugerindo ao Poder Executivo a assinatura do Estatuto de Roma.

Nos termos dessa indicação “requeiro, nos termos do art. 113, inciso I e parágrafo 1º do Regimento Interno¹³⁶ desta Casa, que Vossa Excelência se digne tomar as providências cabíveis para demandar do Poder Executivo a assinatura pelo Brasil, do Tratado que estabelece a Corte Penal Internacional, cujo Estatuto foi aprovado por ocasião do encerramento da Conferência Diplomática de Roma, em 17 de julho de 1998, bem como o envio a esse Parlamento da Mensagem concernente ao referido instrumental internacional, imediatamente após a sua assinatura.”.

Após ter sido apreciada pelo Plenário na mesma data, foi arquivada pela mesa diretora da Câmara em 2 de fevereiro de 1999; sendo posteriormente desarquivada pela mesma mesa em 11 de março de 1999 e remetida ao Ministro Chefe da Casa Civil, Clóvis de Barros Carvalho. Por sua vez, após sua própria apreciação, o Ministro a remeteu ao Chefe do Poder Executivo, para que fosse novamente avaliada, o que ensejou, futuramente, a assinatura do Estatuto de Roma pelo Brasil em fevereiro de 2000.¹³⁷

Ao reconhecer que as incompatibilidades do Estatuto de Roma em relação à Constituição Federal de 1988 (mencionadas na Introdução desse texto e analisadas no contexto do debate a seguir) são apenas aparentes, o Deputado Nilmário Miranda apresentou em 2000 uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC 203/2000) à

¹³⁶ De acordo com o artigo 113, inciso I e parágrafo 1º do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (Resolução no 17 de 1989), “indicação é a proposição através da qual o Deputado: I) sugere a outro Poder a adoção de providência, a realização de ato administrativo ou de gestão, ou o envio de projeto sobre a matéria de sua iniciativa exclusiva. Parágrafo 1º: Na hipótese do inciso I a indicação será objeto de requerimento despachado pelo Presidente e publicado no *Diário do Congresso Nacional*.”

¹³⁷ A referência dessa proposição é “Proposição: **INC-1372/1999** Autor: Eduardo Jorge - PT /SP”, disponível no site www.camara.gov.br em 05/05/04.(N. A.)

Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, alegando não prever esta ‘modificações substanciais’ no texto constitucional, - relacionadas à prisão perpétua ou à extradição-, limitando-se a incluir, no artigo 5.º da CF, um 3.º parágrafo com a seguinte redação: *"a República Federativa do Brasil poderá reconhecer a jurisdição do Tribunal Penal Internacional nas condições previstas no Estatuto aprovado em Roma no dia 17 de julho de 1998"*.

Em 15 de outubro de 2001, o Poder Executivo, através da Mensagem no 1.084, submete à consideração do Congresso Nacional -às Comissões de Relações Exteriores e da Defesa Nacional; e de Constituição e Justiça e de Redação- o texto do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, aprovado em 17 de julho de 1998 e assinado pelo Brasil em 07 de fevereiro de 2000. Versa a mensagem:

Senhores Membros do Congresso Nacional, nos termos do disposto no art. 49, inciso I da Constituição Federal, submeto à elevada consideração de Vossas Excelências, acompanhado de Exposição de Motivos dos Senhores Ministros de Estado das Relações Exteriores e da Justiça, o texto do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, aprovado em 17 de julho de 1998 e assinado pelo Brasil em fevereiro de 2000..

Paralelamente ao envio dessa mensagem ao Congresso Nacional, os esforços do Poder Executivo com relação ao TPIP vão adiante. A fim de adaptar a legislação brasileira ao Estatuto de Roma do Tribunal penal Internacional, o Ministro da Justiça Paulo de Tarso Ramos Ribeiro, através da Portaria no 1.036 de 2001, criou o Grupo de Trabalho “Estatuto de Roma” para discutir e elaborar o Anteprojeto de Lei do Tribunal Penal Internacional. Trataremos desse ponto no tópico sobre o processo legislativo no campo jurídico.

No dia 5 de dezembro de 2001, o Deputado Nilmário Miranda - PT/MG é designado relator da Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional acerca da Mensagem no 1.084/2001.

No dia 07 de março de 2002, ele apresenta parecer favorável à aprovação do Estatuto de Roma do TPIP. Esse relatório compreende uma explicação detalhada sobre as características do TPIP e a importância da ratificação do Tratado por parte do Brasil. Por fim, afirma que

pelos motivos de extrema relevância mencionados, os Senhores Ministros de Estado das Relações Exteriores e da Justiça taxativamente afirmaram: “O Brasil tem todo interesse em estar entre os membros fundadores do Tribunal Penal Internacional”. Assim, nosso voto é pela aprovação do texto do Estatuto de Roma, aprovado em 17 de julho de 1998 e assinado pelo Brasil em 7 de fevereiro de 2000, nos termos do projeto de decreto legislativo que ora apresentamos.¹³⁸

No dia 03 de abril de 2002, a mensagem foi aprovada por unanimidade pelos membros da Comissão, apresentando voto em separado do Deputado Haroldo Lima. Em seu voto, o Deputado discute o parecer do Consultor do Ministério das Relações Exteriores, Dr. Antônio Cachapuz de Medeiros, fazendo-lhe algumas críticas muito importantes para o nosso trabalho.

¹³⁸ Disponível em 05 de maio de 2004, in

www.camara.gov.br/tribunalpenalinternacional/projetodelei/relatorio

¹³⁸ Parecer da Comissão:

“A Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional, em reunião ordinária realizada hoje, opinou unanimemente pela aprovação da Mensagem nº. 1.084/2001, nos termos do Projeto de Decreto Legislativo que apresenta, acatando o Parecer do relator, Deputado Nilmário Miranda. O Deputado Haroldo Lima apresentou voto em separado.

Participaram da votação os Senhores Deputados Aldo Rebelo, Presidente; Jorge Wilson e Elcione Barbalho, Vice-presidentes; Alberto Fraga, Aloizio Mercadante, Antonio Carlos Pannunzio, Arnon Bezerra, Átila Lins, Claudio Cajado, Cunha Bueno, De Velasco, Dolores Nunes, Eduardo Campos, Feu Rosa, Haroldo Lima, Hélio Costa, Jair Bolsonaro, Joaquim Francisco, José Carlos Martinez, José Lourenço, José Teles, José Thomaz Nonô, Luiz Carlos Hauly, Marcelo Barbieri, Marcus Vicente, Mário de Oliveira, Milton Temer, Nilmário Miranda, Odelmo Leão, Osvaldo Sobrinho, Paulo Delgado, Paulo Kobayashi, Pedro Valadares, Rubens Bueno, Sampaio Dória, Sérgio Reis, Waldir Pires e Werner Wanderer, Titulares; Airton Dipp, Alceste Almeida, Aldir Cabral, Antonio Feijão, Aracely de Paula, Celso Russomanno e Edison Andrino, Suplentes.

Plenário Franco Montoro, em 3 de abril de 2002.

Deputado ALDO REBELO Presidente.” Disponível in www.camara.gov.br/tribunalpenalinternacional/projetodelei

O parecer de Cahapuz Medeiros apresenta uma tese favorável à constitucionalidade do Estatuto de Roma, sustentando-se que no direito internacional, âmbito no qual atuará o TPI, interessa a efetividade do julgamento e da punição do acusado de praticar os crimes previstos naquele instrumento jurídico. Por isso, o Consultor defende o princípio da complementaridade do Estatuto, segundo o qual, caso a Justiça nacional utilizar de maneira espúria o processo de direito interno, visando assegurar a impunidade de um acusado, o TPIP seria competente para processar e condenar o réu. No mesmo sentido, se houvesse uma simulação de um julgamento pela Justiça nacional, esta implicaria em violação do Estatuto de Roma, podendo o TPIP tomar para si a função de julgar, ordenando a entrega do acusado para responder perante a instância internacional.

Questionando o parecer de Cachapuz de Medeiros, o Deputado Haroldo Lima afirma que

o que nos intriga nesse argumento, o que nos parece que retira seu poder de convencimento, é o fato de que não esclarece uma coisa: quem julgará se a decisão soberana e autônoma do Poder Judiciário, transitada em julgado, foi espúria, foi uma simulação ou implica em fraude à lei, como destaca o autor? Ora, quem fará esse julgamento é o próprio Tribunal Penal Internacional, segundo seus critérios, sua ótica jurídica e suas idiossincrasias, em desprestígio do Poder Judiciário brasileiro, e de forma inapelável. Dessa forma, o argumento de que a complementaridade da jurisdição do Tribunal Penal Internacional asseguraria a sua constitucionalidade nos aparenta falacioso.¹³⁹

No que se refere ao argumento da Consultoria que busca apoiar a constitucionalidade da adesão do Brasil ao tratado do TPIP, apesar de sua previsão da pena de caráter perpétuo, tendo em vista a proibição constitucional de tal pena, Cachapuz de Medeiros afirma que esta só restringiria o legislador brasileiro, não podendo constranger os legisladores estrangeiros. Além disso, argumenta que apesar do

¹³⁹ VTS 2/2002 CREDN (Voto em Separado) - Haroldo Lima”, disponível em 05 de maio de 2004 no site www.camara.gov.br/tribunalpenalinternacional/projetodelei/MS1.084/2001/VTS2/2002CREDN.

constituinte não ter se debruçado sobre a questão da pena de prisão perpétua quando aplicada por tribunal internacional (porque ele não existia à época da elaboração da Constituição- 1988), a Constituição foi sábia, porque sustentou o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República brasileira (art. 1º, III) e propugnou pela formação de um ‘tribunal internacional de direitos humanos’ (ADCT, art. 7º).

Para o Deputado Haroldo Lima, todavia, esse argumento da Consultoria, “*longe de refutar a tese da inconstitucionalidade da adesão do Brasil a um Estatuto que contém cláusulas que se confrontam com a constituição pátria, envereda por um caminho de apresentar teses diversionistas*”.¹⁴⁰

Refuta também o argumento de que há urgência em se tomar uma decisão com relação ao TPIP, a fim de não se perder a oportunidade do Brasil ser considerado um dos fundadores do TPIP, questionando qual seria a perda e o ganho real de cada uma das medidas.

No fim do relatório de seu voto, o Deputado reafirma a existência de “*questionamentos sérios, sobre a oportunidade, conveniência e constitucionalidade dessa adesão brasileira ao Tribunal Penal Internacional*”.¹⁴¹ Por esses motivos, considera conveniente uma maior e mais profunda discussão acerca dos questionamentos, abrangendo representantes da sociedade organizada, juristas, movimentos de defesa dos direitos humanos.

Finaliza seu voto dizendo, “*somos, portanto, de parecer de que esse debate, por sua importância, e salvo melhor juízo, deveria ser adiado e ampliado*”.¹⁴² Contudo, apesar de todas as críticas ao parecer da Consultoria e todos os questionamentos feitos ao

¹⁴⁰ Idem.

¹⁴¹ Ibidem.

¹⁴² Ibidem.

suposto papel e funcionamento do TPIP, o Deputado manifesta-se, ao final de seu relatório, favorável à aprovação do Projeto de Decreto Legislativo que aprova o texto do Estatuto de Roma do TPIP, condicionando-o às declarações interpretativas descritas em seu voto. Em suas próprias palavras, “*se tal alternativa não se afigurar possível a nossos pares*” no que se refere à ampliação dos debates acerca do TPIP antes da aprovação do Projeto de Decreto Legislativo,

somos de parecer de que a aprovação do Projeto de Decreto Legislativo que aprova o texto do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional deveria estar condicionada às declarações interpretativas que sugerimos acima, as quais devem fazer parte do corpo do Decreto, pelo que propomos as emendas em anexo.¹⁴³

No dia 05 de abril de 2002, a Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional apresenta um Projeto de Decreto Legislativo -PDC-1661/2002- sujeita à apreciação do Plenário da Câmara, a fim de aprovar o texto do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional no Brasil. Tal projeto foi apreciado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, passando depois a sua votação.

Designado enquanto relator da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, o Deputado Nelson Pellegrino manifestou *constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação*” do projeto de decreto legislativo, afirmando que

a aprovação do projeto nessa Comissão significará passo importante para que o Brasil ainda integre os sessenta países primeiros a ratificarem o Estatuto e viabilizará para que, em breve, toda a comunidade internacional possua um órgão permanente de combate à impunidade e de defesa dos direitos humanos. O Tribunal Penal Internacional entrará em vigor no momento que se tenha a sexagésima ratificação do presente estatuto. Até o momento, são 58 países que ratificaram o Estatuto como França, Canadá, Espanha, Suécia, Dinamarca, Polônia, Peru, Costa Rica, Bélgica, Itália, Argentina entre outros. (...). As razões que integram o presente parecer ao nosso entender são suficientes para demonstrar a necessidade urgente da sua aprovação.¹⁴⁴

¹⁴³ Ibidem.

¹⁴⁴ PRL 1 CCJR (Parecer do Relator) - Nelson Pellegrino, disponível em 05 de maio de 2004, in [www.camara.gov.br/tribunalpenalinternacional/ PRL 1 CCJR](http://www.camara.gov.br/tribunalpenalinternacional/PRL_1_CCJR).

Tal parecer foi aprovado por unanimidade pela Comissão, havendo dois votos em separado.

Apesar de não ter havido dissensão entre os votos, vamos ressaltar alguns pontos daqueles proferidos em separado. Apesar de ter declarado seu voto -VTS-57/2002 CCJR - pela aprovação do Projeto de Decreto Legislativo 1.661/2002 (de aprovação do texto do TPIP), o Deputado Federal Aldo Arantes-PcdB/GO fez algumas ressalvas às possíveis incompatibilidades entre a Constituição Federal e o Estatuto no que concerne às previsões de pena de prisão perpétua e extradição de nacionais deste Tratado. De acordo com o Deputado,

parece-nos prudente, diante desse possível conflito de normas, entre a norma internacional a que adere nesse momento o Estado brasileiro, e a norma constitucional que não pode ser afastada pelo mesmo Estado brasileiro, que o constitui e lhe dá forma jurídica soberana no concerto das nações, adotar a recomendação da Consultoria Jurídica do Ministério de Relações Exteriores, em parecer da lavra do Dr. Cachapuz de Medeiros, verbis: Para proceder à entrega de nacional ao TPI, o Brasil poderá, com base no citado art. 80 do Estatuto, entender que a jurisdição internacional não apenas terá de levar em conta a nacionalidade do acusado, como também considerar que a eventual pena a lhe ser imposta não seja a de prisão perpétua, posto que essa punição é repelida pela Constituição brasileira.

Seguindo esse raciocínio, no mesmo sentido que o Deputado Haroldo Lima, o Deputado Aldo Arantes propõe o estudo da possibilidade de o Brasil apresentar uma ‘declaração interpretativa’ no ato da ratificação. *“Embora o Estatuto de Roma não admita ser ratificado com reservas, nada impede que se formule uma ‘declaração interpretativa’”*.¹⁴⁵

¹⁴⁵ VTS-57/2002 CCJR- Autor: Deputado Aldo Arantes PcdB/GO, disponível em 05 de maio de 2004 no site [www.camara.gov.br/tribunalpenalinternacional/projetodelei/ VTS-57/2002 CCJR](http://www.camara.gov.br/tribunalpenalinternacional/projetodelei/VTS-57/2002%20CCJR).

No dia 06 de junho de 2002, o Congresso Nacional decreta a aprovação do texto do Estatuto de Roma do TPIP através do Decreto Legislativo 112 de 2002 ¹⁴⁶(antigo Projeto de Decreto Legislativo 1.661/2002). Esse Decreto Legislativo foi encaminhado ao Chefe do Poder Executivo, o Ex- Presidente Fernando Henrique Cardoso, que em 12 de junho de 2002, ratificou o Estatuto do TPIP. A partir dessa data, o Brasil tornou-se Estado-parte do TPIP. A ratificação do Tratado foi promulgada pelo Decreto nº. 4388 ¹⁴⁷, de 25 de setembro de 2002.

A última atitude do Ex-Presidente Fernando Henrique, enquanto Chefe do Poder Executivo Brasileiro, com relação ao TPIP foi a indicação da desembargadora federal

¹⁴⁶ “DECRETO LEGISLATIVO Nº 112, DE 2002(*)*Aprova o texto do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, aprovado em 17 de julho de 1998 e assinado pelo Brasil em 7 de fevereiro de 2000.* O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º- Fica aprovado o texto do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, aprovado em 17 de julho de 1998 e assinado pelo Brasil em 7 de fevereiro de 2000.

Parágrafo único. Ficam sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão do referido Estatuto, bem como quaisquer ajustes complementares que, nos termos do inciso I do art. 49 da Constituição Federal, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Art. 2º- Este Decreto Legislativo entra em vigor na data de sua publicação.

Senado Federal, em 6 de junho de 2002.

Senador RAMEZ TEBET- Presidente do Senado Federal.”

(*) O texto do Estatuto acima citado está publicado no DSF de 30.4.2002

D.O.U., 07/06/2002. Decreto disponível em 12 de março de 2004 no site www.mj.gov.br/grupodetrabalhotpi/decretolegislativo.

¹⁴⁷ **DECRETO Nº 4.388, DE 25 DE SETEMBRO DE 2002.**

Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso VIII, da Constituição,

Considerando que o Congresso Nacional aprovou o texto do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, por meio do Decreto Legislativo nº 112, de 6 de junho de 2002;

Considerando que o mencionado Ato Internacional entrou em vigor internacional em 1º de julho de 2002, e passou a vigorar, para o Brasil, em 1º de setembro de 2002, nos termos de seu art. 126;

DECRETA:

Art. 1º O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, apenso por cópia ao presente Decreto, será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém.

Art. 2º São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão do referido Acordo, assim como quaisquer ajustes complementares que, nos termos do art. 49, inciso I, da Constituição, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Art. 3º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 25 de setembro de 2002; 181º da Independência e 114º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO.

Luiz Augusto Soint-Brisson de Araujo Castro”

Decreto disponível em 12 de março de 2004 no site www.mj.gov.br/grupodetrabalhotpi/decreto

Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, do Tribunal Regional Federal da 3.^a Região, para concorrer a uma das 18 vagas de juiz do Tribunal Penal Internacional, no dia 29 de novembro de 2002. Nas palavras da juíza

encaro esta indicação como um reconhecimento de mais de 30 anos de trabalho e militância na defesa dos direitos humanos. Acho muito importante que este governo tenha indicado uma pessoa que representa as organizações não governamentais de direitos humanos. Vejo esta indicação como uma vitória da sociedade civil brasileira”. Acrescenta ainda “acredito que o fato do presidente da República ter indicado o nome de uma mulher magistrada, com experiência em julgamentos, torna ainda mais fácil a escolha do Brasil para compor o Tribunal.¹⁴⁸

Ante os argumentos expostos até o momento, o empenho do Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário pela ratificação e implementação do Tratado do TPIP no Brasil é evidente. Ao tratarmos em breve do processo legislativo no campo jurídico, veremos que o esforço dos juristas do Grupo de Trabalho “Estatuto de Roma” na adaptação da legislação brasileira ao Estatuto do TPIP também é reveladora.

Ressaltamos que, apesar do Estatuto do TPIP ter sido ratificado pelo Brasil, a proposta de emenda constitucional PEC 203/2000 encontra-se arquivada, não tendo sido votada ainda.

B) NO PERÍODO DE 2003 A 2004

Com as eleições para a Presidência da República, Senado Federal e Câmara dos Deputados no final do ano de 2002 houve substancial alteração da representação político-partidária em nosso país. Com a vitória do candidato petista à Presidência da República, Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2006), a composição do quadro político no Brasil sofreu consideráveis mudanças.

¹⁴⁸ STEINER, Sylvia Helena, in “Juíza do TRF3 é escolhida para concorrer a vaga no Tribunal Penal Internacional”. Disponível no site: www.trf3.gov.br/noticias em 02 de maio de 2004.

Interessa-nos em particular a nova composição das Comissões de Relações Exteriores e Defesa Nacional e a de Direitos humanos, bem como a nomeação dos Ministros da Justiça, Dr. Márcio Tomaz Bastos, das Relações Exteriores e da Defesa, José Viegas Filho. Segue abaixo duas tabelas referentes à composição das Comissões citadas acima. Destacamos em negrito os Deputados mais atuantes com relação ao TPIP até o presente momento do governo, de acordo com informações oficiais do acervo *online* da Câmara e do Senado.

Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional - CREDN

Presidente: Carlos Melles (PFL)

1º Vice-Presidente: Maninha (PT)

2º Vice-Presidente: Marcos de Jesus (PL)

3º Vice-Presidente: André Zacharow (PP)

TITULARES	SUPLENTE
PT	
<u>Maninha</u> DF (Gab. 952-IV).	<u>João Magno</u> MG (Gab. 283-III)
<u>Paulo Delgado</u> MG (Gab. 268-III)	<u>Leonardo Monteiro</u> MG (Gab. 922-IV)
<u>Zarattini</u> SP (Gab. 924-IV)	<u>Nilson Mourão</u> AC (Gab. 376-III)
<u>Zico Bronzeado</u> AC (Gab. 760-IV)	<u>Sigmaringa Seixas</u> DF (Gab. 719-IV)
PMDB	
<u>Edison Andrino</u> SC (Gab. 703-IV)	<u>Marcelino Fraga</u> ES (Gab. 322-IV)
<u>Fernando Lopes</u> RJ (Gab. 646-IV)	<u>Moreira Franco</u> RJ (Gab. 301-IV)
<u>Vieira Reis</u> RJ (Gab. 352-IV)	(Deputado do PV ocupa a vaga)
(Deputado do Bloco PL, PSL ocupa a vaga)	(Deputado do PSDB ocupa a vaga)
Bloco PFL, PRONA	
<u>Carlos Melles</u> MG (Gab. 243-IV)	<u>Claudio Cajado</u> BA (Gab. 630-IV)
<u>Francisco Rodrigues</u> RR (Gab. 304-IV) - vaga do Bloco PL, PSL	<u>João Carlos Bacelar</u> BA (Gab. 155-II)
<u>José Thomaz Nonô</u> AL (Gab. 812-IV)	<u>Robério Nunes</u> BA (Gab. 544-IV) - vaga do Bloco PL, PSL
<u>Murilo Zauith</u> MS (Gab. 479-III)	<u>Roberto Brant</u> MG (Gab. 450-IV) - vaga do PTB
	<u>Vilmar Rocha</u> GO (Gab. 644-IV)

PP	
<u>André Zacharow</u> PR (Gab. 737-IV)	<u>Dilceu Sperafico</u> PR (Gab. 746-IV)
<u>Feu Rosa</u> ES (Gab. 960-IV)	<u>Francisco Dornelles</u> RJ (Gab. 512-IV)
<u>Ivan Ranzolin</u> SC (Gab. 601-IV)	<u>Luis Carlos Heinze</u> RS (Gab. 526-IV) - vaga do PPS
	<u>Professor Irapuan Teixeira</u> SP (Gab. 513-IV)
PSDB	
<u>Antonio Carlos Pannunzio</u> SP (Gab. 403-IV)	<u>Aloysio Nunes Ferreira</u> SP (Gab. 626-IV)
<u>João Castelo</u> MA (Gab. 654-IV)	<u>Antonio Carlos Mendes Thame</u> SP (Gab. 624-IV)
<u>Zulaiê Cobra</u> SP (Gab. 411-IV)	<u>Luiz Carlos Hauly</u> PR (Gab. 220-IV) - vaga do PMDB
	<u>Professora Raquel Teixeira</u> GO (Gab. 206-IV)
PTB	
<u>Arnon Bezerra</u> CE (Gab. 413-IV)	<u>Jackson Barreto</u> SE (Gab. 733-IV)
<u>Jair Bolsonaro</u> RJ (Gab. 482-III)	(Deputado S.PART. ocupa a vaga)
<u>Pastor Frankembergen</u> RR (Gab. 577-III)	(Deputado do Bloco PFL, PRONA ocupa a vaga)
Bloco PL, PSL	
<u>Lincoln Portela</u> MG (Gab. 615-IV) - vaga do PMDB	<u>João Paulo Gomes da Silva</u> MG (Gab. 933-IV)
<u>Marcos de Jesus</u> PE (Gab. 745-IV)	(Deputado do Bloco PFL, PRONA ocupa a vaga)
(Deputado do Bloco PFL, PRONA ocupa a vaga)	
PPS	
<u>Átila Lins</u> AM (Gab. 730-IV)	(Deputado do PP ocupa a vaga)
<u>João Herrmann Neto</u> SP (Gab. 913-IV) - vaga do PDT	
PSB	
(Deputado do PCdoB ocupa a vaga)	<u>Dr. Evilásio</u> SP (Gab. 454-IV)
PDT	
(Deputado do PPS ocupa a vaga)	<u>Manato</u> ES (Gab. 217-IV)
Pcdob	
<u>Renildo Calheiros</u> PE (Gab. 356-IV) - vaga do PSB	
PV	
	<u>Leonardo Mattos</u> MG (Gab. 914-IV) - vaga do PMDB
S.PART.	

	<u>Fernando Gabeira</u> RJ (Gab. 332-IV) - vaga do PTB
--	--

Comissão de Direitos Humanos e Minorias - CDHM

Presidente: Mário Heringer (PDT)

1º Vice-Presidente: Luiz Couto (PT)

2º Vice-Presidente: Jairo Carneiro (PFL)

3º Vice-Presidente: Zelinda Novaes (PFL)

TITULARES	SUPLENTE
PT	
<u>Iriny Lopes</u> ES (Gab. 267-III)	<u>Adão Pretto</u> RS (Gab. 271-III)
<u>Luci Choinacki</u> SC (Gab. 282-III)	<u>Carlos Abicalil</u> MT (Gab. 623-IV)
<u>Luiz Couto</u> PB (Gab. 442-IV)	<u>Chico Alencar</u> RJ (Gab. 848-IV)
<u>Orlando Fantazzini</u> SP (Gab. 579-III)	<u>Luiz Alberto</u> BA (Gab. 954-IV)
	<u>Maria do Rosário</u> RS (Gab. 471-III) - vaga do PMDB
PMDB	
<u>Fernando Diniz</u> MG (Gab. 307-IV)	(Deputado do PT ocupa a vaga)
(Deputado do PPS ocupa a vaga)	2 vagas
1 vaga	
Bloco PFL, PRONA	
<u>Jairo Carneiro</u> BA (Gab. 420-IV)	(Deputado do PDT ocupa a vaga)
<u>Zelinda Novaes</u> BA (Gab. 312-IV)	(Deputado do Bloco PL, PSL ocupa a vaga)
PP	
2 vagas	<u>José Linhares</u> CE (Gab. 860-IV)
	<u>Nilton Baiano</u> ES (Gab. 618-IV)
PSDB	
<u>Thelma de Oliveira</u> MT (Gab. 524-IV)	<u>João Almeida</u> BA (Gab. 652-IV)
(Deputado do PV ocupa a vaga)	(Deputado do PV ocupa a vaga)
PTB	
(Deputado do PDT ocupa a vaga)	<u>Marcus Vicente</u> ES (Gab. 362-IV)
1 vaga	<u>Pastor Reinaldo</u> RS (Gab. 438-IV)
Bloco PL, PSL	
(Deputado do PDT ocupa a vaga)	<u>Lincoln Portela</u> MG (Gab. 615-IV) - vaga do Bloco PFL, PRONA
	<u>Paulo Gouvêa</u> RS (Gab. 641-IV)
PPS	

<u>Geraldo Thadeu</u> MG (Gab. 248-IV)	<u>Cláudio Magrão</u> SP (Gab. 550-IV)
<u>Miro Teixeira</u> RJ (Gab. 272-III) - vaga do PMDB	
PSB	
Pastor Francisco Olímpio PE (Gab. 475-III)	<u>Lavoisier Maia</u> RN (Gab. 558-IV)
PDT	
<u>Mário Heringer</u> MG (Gab. 212-IV) - vaga do Bloco PL, PSL	<u>Enio Bacci</u> RS (Gab. 930-IV) - vaga do Bloco PFL, PRONA
<u>Promotor Afonso Gil</u> PI (Gab. 370-III) - vaga do PTB	
PV	
<u>Leonardo Mattos</u> MG (Gab. 914-IV) - vaga do PSDB	<u>Edson Duarte</u> BA (Gab. 535-IV) - vaga do PSDB

Como podemos observar, a partir dos destaques na tabela, além do número de Deputados que aparecem no cenário de discussão acerca do TPIP continuar sendo pequeno, sua atuação se apresenta durante o ano de 2003 de forma limitada.

Após a ratificação do Estatuto do TPIP por parte do Brasil e aprovação do Projeto de Lei “Estatuto de Roma” no final do governo Fernando Henrique, o tema parece ter saído um pouco da pauta da agenda política no Brasil. Podemos depreender esse fato devido à ausência de notícias e informações sobre discussões nos espaços públicos da Câmara dos Deputados, no Senado Federal e em outros órgãos do governo durante o ano de 2003.

Contudo, um fato importante que não pode deixar de ser mencionado é a eleição dos Juízes para compor o quadro magistral do Tribunal Penal Internacional, realizado no período de 3 a 7 de fevereiro de 2003, em reunião da Assembléia dos Estados-Parte do Estatuto, na sede da ONU em Nova Iorque. Dentre as 43 candidaturas apresentadas, 10

eram mulheres e 33 eram homens, sendo, do total, 8 vindos da América Latina e Caribe, 10 da África, 6 da Ásia, 12 da Europa Ocidental e 7 do Leste Europeu.¹⁴⁹

Em reunião anterior da Assembléia, decidiu-se que o procedimento de votação asseguraria uma equidade de representação regional, de sistema legal e de gênero. Isso decorreu de inúmeras manifestações de Organizações Não Governamentais (Ongs), que lutaram para afastar as escolhas políticas e optar-se pelos candidatos mais qualificados, através de um pleito legítimo e transparente, livre das costumeiras barganhas políticas e econômicas. Um grande avanço nessa questão do gênero foi o estabelecimento do requisito de votação mínima em 6 mulheres.

A Juíza Sylvia Steiner foi eleita em 4 de fevereiro, no primeiro escrutínio e com expressiva votação- com 61 votos, Sylvia foi a quarta mais votada na 1ª lista de dez eleitos.¹⁵⁰ Os 18 juízes escolhidos nesse pleito foram empossados na sessão inaugural do Tribunal, realizada no dia 11 de março de 2003 na cidade holandesa de Haia. A escolha de Sylvia Steiner representou o acolhimento da tese que defende o aumento da participação das mulheres nos tribunais internacionais.

Vale ressaltar que a composição final do TPIP reforça o amplo espaço que o Brasil vem adquirindo no cenário internacional, tendo em vista que possui juízes em todas as cortes internacionais permanentes, como é o caso de Antônio Augusto Cançado Trindade, juiz da Corte Interamericana de Direitos humanos; de Francisco Rezek, juiz da Corte Internacional de Justiça da Haia; e Vicente Marotta Rangel, juiz do Tribunal Internacional para o Direito do Mar.

¹⁴⁹ Informações disponíveis no site www.icc.org em 10 de fevereiro de 2003. (N. A.)

¹⁵⁰ Votação Online disponível no site www.icc.org em 04 de fevereiro de 2003. (N. A.)

Em entrevista concedida a jornalistas, o presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Marco Aurélio, registrou, com satisfação, a escolha da desembargadora federal Sylvia Steiner, afirmando que *“este fato honra a todos nós, magistrados brasileiros e reflete a estatura da nossa Justiça”*.¹⁵¹

No mesmo sentido, em nota oficial, o Itamaraty expressou que a eleição da juíza Sylvia Steiner para o TPIP é o reconhecimento de suas qualificações profissionais e o compromisso do Brasil com a defesa e a promoção dos direitos humanos.¹⁵²

Já no início deste ano, entre 25 e 26 de Março de 2004, realizou-se a 2a Conferência Ibero-Americana e da Comunidade de Países de Língua Portuguesa sobre o Tribunal Penal Internacional Permanente.

O evento foi organizado pelo Senado Federal, pela Câmara dos Deputados, pela Ação Mundial de Parlamentares (PGA), pela Confederação Parlamentar das Américas (COPA) e pela Secretaria de Direitos humanos do Brasil.

De acordo com informações da Câmara, a Conferência dará seguimento a outros eventos sobre a Corte Penal Internacional (CPI) - como "A Conferência Iberoamérica-Europa sobre a ratificação e aplicação do Estatuto da CPI", celebrada no Senado da Espanha em junho de 2002, e "A Conferência de Lisboa sobre a CPI em países lusófonos", celebrada na Assembléia de Portugal em fevereiro de 2001. O evento contou com o apoio da União Européia.

¹⁵¹ AURÉLIO, Marco, Ministro do Supremo Tribunal Federal, em entrevista concedida à agência de notícias “Última hora”, disponível no site www.stf.gov.br/noticias/ultimahora em 02 de maio de 2004.

¹⁵² In Aconteceu - 7/2/2003 13h30 “Agência da Câmara”, Por Luiz Cláudio Canuto/ND disponível no site www.camara.gov.br/tribunalpenalinternacional/agenciadacamara, em 05 de maio de 2004.

Dentre os painéis destaca-se a participação do Ministro Hamilton Carvalhido, representante do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o papel dos parlamentares no processo de implementação do Estatuto de Roma e na cooperação com o TPIP.

A Conferência contou com a participação de mais de 150 parlamentares dos países Ibero-americanos e de Língua Portuguesa. Na sua última sessão, a Conferência aprovou a Declaração de Brasília sobre o Tribunal Penal Internacional. O documento traz sete sugestões para estimular a adesão de mais países ao Estatuto de Roma.¹⁵³

I.II - O PROCESSO LEGISLATIVO NO PLANO JURÍDICO NO PERÍODO DE 1998 A 2002

Como já dito anteriormente, a fim de adaptar a legislação brasileira ao Estatuto de Roma do Tribunal penal Internacional, o Ministro da Justiça Paulo de Tarso Ramos Ribeiro, através da Portaria nos 1.036 de 2001, criou o Grupo de Trabalho “Estatuto de Roma” para discutir e elaborar o Anteprojeto de Lei do Tribunal Penal Internacional.

A nomeação dos componentes do grupo por parte do Ministro da Justiça, a preocupação do Poder Executivo em contar com a colaboração dos mais variados representantes, a saber: de diferentes órgãos do Poder Judiciário, *experts* em Direito Penal e Processual Penal, Direito Penal e Processual Penal Militar e Constitucional brasileiros, bem como em Direito Internacional Público e dos Direitos Humanos e Direito Humanitário, representantes de ONGS e do Ministério das Relações Exteriores.

¹⁵³ A “Declaração de Brasília” da 2ª Conferência Ibero-Americana e da Comunidade de Países de Língua Portuguesa sobre o Tribunal Penal Internacional ainda não foi disponibilizada na internet.

Para termos uma noção exata da amplitude da representação, citamos abaixo na tabela os componentes e o órgão que representam desse GT:

COMPONENTES	ÓRGÃO REPRESENTADO
Dra. Adriana Lorandi	Ministério Público Militar
Dr. Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros	Consultoria Jurídica do Ministério das Relações Exteriores
Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira	Ministério Público Militar
Dra. Ela Wiecko de Castilho	Ministério Público Federal
Dr. George Rodrigo Bandeira Galindo	Advocacia Geral da União
Dr. Gustavo Henrique Ribeiro de Melo	Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça
Dr. Gustavo Henrique Right Yvahy Badaró	Secretaria de Estado dos Direitos humanos;
Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge	Ministério Público Federal;
Dr. Rafael Koerig Gessinger	Secretaria de Assuntos Legislativos/MJ
Dra. Sylvia Helena Steiner	Tribunal Regional Federal da 3ª Região
Professor Tarciso Dal Maso Jardim	Professor de Direito internacional do UniCEUB e Membro do Comitê Internacional da Cruz Vermelha e Coordenador do Grupo

Esse grupo teve como tarefa a elaboração de um Anteprojeto de lei que *"define o crime de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional e dá outras providências"*.

Durante três meses, o grupo se reuniu quinzenalmente na Secretaria de Direitos humanos no Ministério da Justiça, em Brasília, a fim de discutir os diplomas penais e processuais penais comum e militar além da Constituição Federal de 1988 e adaptar a legislação brasileira ao Estatuto do TPIP.

Tivemos a oportunidade de participar da penúltima reunião de elaboração do Anteprojeto, que posteriormente foi entregue ao Ministro da Justiça a fim de ser avaliado. Durante essa reunião, tivemos a impressão de que todos os participantes

presentes naquela ocasião, a saber: Dra. Adriana Lorandi, Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira, Dra. Sylvia Helena Steiner, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge e o coordenador do grupo, o Professor Tarciso Dal Maso Jardim- discutiram de maneira detalhada e cuidadosa a legislação em tela, tentando abarcar o maior número de hipóteses cabíveis de forma taxativa no Anteprojeto, a fim de evitar maiores controvérsias em torno do tema.

Contudo, ao se aterem muito às questões técnico-legais da adaptação da legislação nacional à do TPIP, os componentes do GT deixaram de lado uma série de questões políticas que permeiam a discussão da temática. Evidente que a posição de todos ali era favorável à ratificação do Tratado pelo governo brasileiro, mas não poderiam deixar de discutir questões tais como: as formas de cooperação do Brasil com relação ao funcionamento da Corte, as formas de intervenção da Corte na jurisdição brasileira, o papel do Conselho de Segurança e outras.

Após a assinatura do Tratado do TPIP por parte do embaixador brasileiro junto à ONU, Gelson Fonseca, em 7 de fevereiro de 2000, este foi aprovado pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº. 112, de 6 de junho de 2002, tendo sido ratificado pelo Brasil em 12 de julho de 2002 e promulgado pelo Decreto nº. 4388, de 25 de setembro de 2002.

Portanto, o Anteprojeto visa adaptar a legislação brasileira ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, atendendo a duas finalidades principais: possibilitar o exercício da jurisdição primária pelo Estado brasileiro e viabilizar a cooperação com o Tribunal Penal Internacional.

A) O ANTEPROJETO DE LEI DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

O Anteprojeto está dividido em sete títulos. O Título I trata dos princípios gerais aplicáveis aos crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra. Cada uma dessas categorias de crimes é definida, respectivamente, nos Títulos II, III e IV. O Título V dispõe sobre os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional. A cooperação com o Tribunal Penal Internacional está prevista no Título VI. Finalmente, as normas processuais estão contempladas no Título VII.

Dentre as novidades do Anteprojeto, destacamos algumas abaixo.

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

Nesse sentido, tendo em vista que o TPIP pretende ser uma Corte Penal complementar às jurisdições penais dos Estados-parte, Carlos Japiassú argumenta que “*o princípio da complementaridade consiste na consagração da idéia, ainda não formalizada, da existência de uma obrigação de processar e julgar internamente, as violações de direitopenal internacional e direito internacionalhumanitário*”.¹⁵⁴

Apesar de muitos dos novos tipos penais serem semelhantes a dispositivos já existentes na legislação penal comum e militar, são diferentes destes porque pressupõem condições e contexto especiais para sua caracterização.¹⁵⁵ Dentre os novos tipos penais,

¹⁵⁴ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano, “*O Tribunal Penal Internacional- a Internacionalização do Direito Penal*.” Rio de Janeiro, ed.: Lumen Juris, 2004, p. 173.

¹⁵⁵ O crime contra a humanidade de tortura (art. 29), por exemplo, não se confunde com a figura prevista na Lei n.º 9.455/97, pois um de seus elementos é o de que a conduta seja praticada “no contexto de ações generalizadas ou sistemáticas dirigidas contra população civil, em conformidade com a política de um Estado ou de uma organização, oficial ou não, de praticar ou promover essas ações” (art. 22). Da mesma forma, os crimes de guerra exigem o contexto de um conflito armado internacional (art. 43) ou não-internacional (art. 44). In “Exposição de Motivos” do Anteprojeto de Lei do TPIP. *op. cit.*

merecem destaque as várias espécies de crimes sexuais, o desaparecimento forçado de pessoas e a segregação racial, previstas no Título III.

Embora, os conceitos de conflito armado internacional e não-internacional, de pessoas e bens protegidos e de objetivos militares sejam redefinidos, os princípios e regras da legislação penal e processual penal, comum e militar, são geralmente preservados; sendo que, os casos previstos pelo Estatuto de Roma de maneira diversa são disciplinados especificamente a fim de se manter coerência com o ordenamento jurídico nacional.

Destacamos ainda a supressão da pena de morte em caso de cometimento de genocídio por parte de um militar brasileiro em tempo de guerra, visto que as distinções entre a legislação comum e a militar acerca desse tipo penal forma unificadas e a comum não prevê essa sanção.

A primazia da jurisdição interna sobre esses conflitos deve ser garantida, tendo em vista o caráter complementar da jurisdição dessa Corte Penal. Contudo, os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional (Título V) serão julgados primariamente pela jurisdição do TPIP.

Dada a imprescritibilidade desses “graves crimes” internacionais contra os direitos humanos, há uma restrição das causas de extinção da punibilidade de modo que os crimes não deixem de ser julgados pela jurisdição interna, o que ensejaria o julgamento pelo Tribunal Penal Internacional.

O Título VI disciplina várias formas de cooperação com o Tribunal Penal Internacional, merecendo destaque o novo instituto da entrega que, apesar de se querer não confundir com a extradição, é um ponto controverso no debate brasileiro acerca das

incompatibilidades do Estatuto do TPI com a Constituição Federal. Trataremos dessa discussão mais tarde.

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

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

Nas palavras do coordenador do grupo, Prof. Dr. Tarciso Dal Maso

o Anteprojeto pretende implementar de forma completa e integral o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, situando a legislação brasileira entre as pioneiras no cumprimento de tal obrigação internacional, e atendendo, simultaneamente, ao princípio constitucional da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais”.¹⁵⁶

B) O PROCESSO DE INCORPORAÇÃO DO TRATADO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PERMANENTE À LEGISLAÇÃO INTERNA

Diferentemente do processo de formação dos tratados em outros países, no caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 (C. F. de 88) consagra a conjugação necessária

¹⁵⁶ Idem.

de vontades entre os Poderes Executivo e Legislativo para a conclusão de tratados internacionais, como veremos a seguir.

O processo de incorporação de um tratado internacional ao ordenamento jurídico interno divide-se em três fases. Primeiramente, de acordo com o artigo 84, inciso VIII da C. F. de 88 compete privativamente ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos à referendo do Congresso Nacional. Num segundo momento, o artigo 49, inciso I da mesma Carta determina que é da competência exclusiva do Congresso nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos e atos internacionais. A deliberação do Parlamento será realizada através da aprovação de um decreto legislativo, devidamente promulgado pelo Presidente do Senado Federal e publicado. O decreto legislativo “*contém aprovação do congresso Nacional ao tratado e simultaneamente a autorização para que o Presidente da República ratifique-o em nome da República Federativa do Brasil, por meio de edição de um decreto presidencial*”.¹⁵⁷ A edição desse decreto do Presidente, promulgando o tratado internacional já ratificado pelo Congresso é o terceiro momento da incorporação do tratado ao ordenamento interno. Nesse momento, o tratado internacional adquire executoriedade interna, podendo, ser inclusive objeto de ação direta de inconstitucionalidade.

Ressaltamos aqui a diferença, em termos jurídicos, da assinatura do tratado para sua ratificação. Nas palavras de Flávia Piovesan, “*a assinatura do tratado, por si só, traduz o aceite precário e provisório, não irradiando efeitos jurídicos vinculantes. Trata-se da mera aquiescência do Estado com relação à forma e ao conteúdo final do tratado*”.¹⁵⁸ Após a assinatura do tratado pelo Poder Executivo, cabe ao Poder

¹⁵⁷ MORAES, Alexandre, *op. cit.*, p. 590.

¹⁵⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, pp. 68-69.

Legislativo apreciar e aprovar o Tratado. A partir de sua aprovação pelo Legislativo, haverá o ato de ratificação do mesmo por parte do Poder Executivo. Nesse sentido,

a ratificação significa a subsequente confirmação formal por um Estado de que está obrigado a um tratado. Significa, pois, o aceite definitivo, pelo qual o Estado obriga-se pelo tratado no plano internacional. A ratificação é ato jurídico que irradia necessariamente efeitos no plano internacional.¹⁵⁹

Portanto, a ratificação é ato necessário para que o tratado passe a ser obrigatório no plano internacional e interno.

Em sua obra “*Direito Constitucional*”, Alexandre de Moraes destaca dois pontos importantes com relação aos atos e tratados internacionais, alegando serem estes, regras no direito comparado: a necessidade de sua ratificação por parte Parlamento e a supremacia constitucional sobre as normas que ingressam no ordenamento jurídico por meio desses atos e tratados internacionais.

No que diz respeito a esse último aspecto, a jurista Flávia Piovesan afirma que, diferentemente da Constituição de 1967¹⁶⁰,

a Carta de 1988 consagra de forma inédita, ao fim da extensa Declaração de Direitos por ela prevista, que os direitos e garantias expressos na Constituição ‘não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados em que a República Federativa do Brasil seja parte.’ (artigo 5o, parágrafo 2º).¹⁶¹

Portanto, por não excluir outros direitos e garantias decorrentes de tratados internacionais de que o Brasil seja signatário, acaba por incluí-los no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, conferindo a eles status de norma constitucional.

Observa-se, assim, que o Direito brasileiro optou por um sistema misto disciplinador de tratados, caracterizado por combinar regimes jurídicos diferenciados: um

¹⁵⁹ Idem, p. 69.

¹⁶⁰ O artigo 153, parágrafo 36 da Constituição Federal de 1967 reza: “A *Especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.*”

¹⁶¹ PIOVESAN, *op. cit.*, p. 73.

aplicável aos tratados de direitos humanos e um outro aplicável aos tratados tradicionais. Enquanto os primeiros apresentam hierarquia constitucional, por força do art. 5º, 2, da C. F. /88; os outros apresentam hierarquia infraconstitucional apontada por Moraes como regra devida.

Piovesan argumenta que tal distinção presente na C. F. de 88 se justifica por opção do constituinte devido ao caráter especial dos tratados de direitos humanos e, no entender de parte da doutrina jurídica, da superioridade desses tratados no plano internacional.

Segundo Cançado Trindade,

é alentador que as conquistas de direito internacional em favor da proteção do ser humano venham projetar-se no direito constitucional, enriquecendo-o e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista como constitucionalista.¹⁶²

A superioridade do Tratado do TPIP no que diz respeito à proteção dos direitos humanos no plano internacional e interno revelou-se, no curso do debate político-jurídico acerca do tema como o maior argumento em favor da ratificação de seu Estatuto por parte do Brasil, mesmo presentes as incompatibilidades constitucionais mencionadas anteriormente.

Nesse sentido, ao interpretar o artigo 5º, parágrafo 2º da C. F. de 88, Pedro Dallari sugere que

essa norma constitucional, concebida precipuamente para disciplinar situações no âmbito interno do País, pode e deve ser vista, se associada ao inciso II do artigo 4º, como instrumento que procura dar coerência à sustentação do princípio constitucional de relações exteriores em pauta e que, por isso mesmo, possibilita ao Brasil intervir no âmbito da comunidade internacional não apenas para defender a assunção de tal princípio, mas também para, em um estágio já mais avançado, dar-lhe materialidade efetiva.¹⁶³

¹⁶² TRINDADE “*Direito internacional em um Mundo em Transformação.*”, Rio de Janeiro: ed.: Renovar, 2002, p. 133.

¹⁶³ DALLARI, Pedro, in “*Constituição e Relações Exteriores*”, São Paulo, Ed.: Saraiva, 2ª Edição, p. 162.

Ainda no que tange a proteção aos direitos humanos, a Constituição Federal de 1988 inovou também em outros dois aspectos: na aplicação imediata, no plano interno, das normas de direitos humanos advindas de tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte; e, na incorporação automática desses tratados internacionais a partir de sua ratificação. Ambos os aspectos estão diretamente relacionados, como podemos observar a seguir.

Segundo o § 1º do artigo 5º da Constituição Federal¹⁶⁴, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, e o § 2º do mesmo artigo dispõe que tais direitos e garantias, expressos na Constituição Federal, *“não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”*.¹⁶⁵

A interpretação de Flávia Piovesan acerca desses dois parágrafos combinados é a de que os direitos e garantias previstos em normas internacionais têm aplicação imediata no Brasil, independentemente da edição de lei interna que reproduza integralmente o teor do tratado internacional, uma vez que

se as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais demandam aplicação imediata e se, por sua vez, os tratados internacionais de direitos humanos têm por objetivo justamente a definição de direitos e garantias, conclui-se que estas normas merecem aplicação imediata.¹⁶⁶

Neste sentido, coloca Antônio Augusto Cançado Trindade que,

se para os tratados internacionais em geral se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar as suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos

¹⁶⁴ Reza o art.5º § 1º da C. F. de 1988 “As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

¹⁶⁵ Versa o art.5º §2º da C.F. de 1988 “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

¹⁶⁶ PIOVESAN, Flávia, *op. cit.* p. 94.

direitos humanos em que o Brasil é Parte, os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os artigos 5 (2) e 5 (1) da Constituição Brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno.¹⁶⁷

Por outro lado, em que o pese esse entendimento e os autores que o defendem, não é esse o ponto de vista dominante na jurisprudência brasileira. Em discurso acerca do TPIP no Senado Federal, o senador José Fogaça (PMDB-RS em 2000) que trabalhou na Comissão Preparatória do TPIP em dezembro de 2000, representando o Senado Federal afirmou que a relação entre o direito interno e o direito internacional é uma relação precária e difícil na medida em que o direito interno não reconhece a supremacia das regras internacionais. Alegou que tradicionalmente quando se discute sobre a hierarquia das leis, o Supremo Tribunal Federal (STF) dá prevalência ao direito interno.

Ao reconhecer essa realidade, Celso Albuquerque Mello sustenta que

na América Latina, continente explorado e, em consequência atrasado, não existe nenhuma Constituição que realmente dê uma proteção ao ser humano utilizando os tratados internacionais. (...) Os nossos tribunais ainda não descobriram o real valor da jurisprudência nos direitos humanos. (...) Somos um país cristalizado na nossa miséria econômica, social e jurídica.¹⁶⁸

Vale destacar, todavia, a posição do Presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ) de que *“a reforma do Judiciário, em tramitação no Senado, dá aos tratados internacionais de direitos humanos o mesmo status de emenda constitucional, o que abre as portas para iniciativas como a Corte Penal”*¹⁶⁹

Caso seja adotado o entendimento de que a C. F. de 88 assegura a incorporação automática dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, que detêm aplicação imediata no âmbito nacional, esses tratados internacionais irradiarão

¹⁶⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, “Interação entre o direito internacional e do direito interno na proteção dos direitos humanos” in *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, v. 46, n. 182, p. 31, jul./dez. 1993.

¹⁶⁸ MELLO, Celso Albuquerque, “O parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal” in *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

¹⁶⁹ Comitê busca Adesão do Brasil à Corte Penal Internacional. Notícias do Superior Tribunal de Justiça, 15/09/00, in www.stj.gov.br/noticias.

efeitos no plano e assegurarão direitos direta e imediatamente exigíveis no ordenamento jurídico interno, a partir de sua ratificação. No que diz respeito ao Estatuto de Roma, a automática exigibilidade de suas normas no ordenamento jurídico interno suscita dúvidas quanto à compatibilidade com a Constituição Brasileira. Estes questionamentos se tornam especialmente relevantes devido à especificidade do Tratado em não admitir reservas.¹⁷⁰

Através do exame da troca de argumentos sobre os pontos polêmicos entre os dois ordenamentos em questão, realizados a seguir, consideramos ser possível formar uma idéia do teor do debate em curso no Brasil atualmente, de 1998 a 2002.

II.II - O DEBATE SOBRE O TPIP ‘PROPRIAMENTE DITO’ OU ‘NÃO DITO, MAS PRETENDIDO’: OS DISCURSOS SOBRE AS QUESTÕES POLÊMICAS DO TPIP: CONSIDERAÇÕES ENTRE ‘O QUE É’ E O ‘QUE PARECE SER’.

A) O DEBATE NOS SEMINÁRIOS DE 1999 A 2001

Em setembro e outubro de 1999 o Centro de Estudos Avançados Multidisciplinares na Universidade de Brasília realizou, com o apoio da Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional um seminário intitulada “*Tribunal Penal Internacional*”. Esse seminário resultou numa publicação da Comissão, em fevereiro de 2000, intitulada “*Tribunal Penal Internacional: Universalização da Cidadania*”.

Uma segunda publicação, intitulada “*O que é o Tribunal Penal Internacional?*” foi lançada na mesma época pela Comissão de Direitos humanos da Câmara e consta de artigos sobre o TPIP: seu papel, suas funções e suas bases jurídicas.

O Deputado Nilmário Miranda, Presidente da Comissão de Direitos humanos da Câmara dos Deputados em 2000 apresenta a publicação “*O que é o Tribunal Penal Internacional?*”, afirmando que a campanha pela criação do Tribunal Penal Internacional

¹⁷⁰Reza o art. 120 do Estatuto de Roma: “Não se admitirão reservas ao presente Estatuto.”

tem sido uma das lutas mais importantes dessa Comissão no plano internacional desde 1999 através da realização e participação em diferentes eventos e articulações.

No mesmo sentido, Tarciso dal Maso, observador internacional na Conferência dos Plenipotenciários enquanto representante do Movimento Nacional de Direitos humanos como de criação do Estatuto de Roma do TPIP, reconhece que o Ministério das Relações Exteriores (MRE) estabeleceu constante diálogo com a sociedade civil desde momentos preparatórios à Conferência, referindo-se, em especial, a IIIª Conferência Nacional de Direitos humanos, representada pelo Movimento Nacional de Direitos humanos e o Centro de Proteção Internacional de Direitos humanos.

Para esse autor, grande parte das reivindicações da sociedade civil foram atendidas pelo MRE, ainda que alguns temas polêmicos do TPIP não estivessem definidos, a saber, a natureza da competência da Corte e o caráter de sua jurisdição, o papel do Conselho de Segurança das Nações Unidas, dentre outros. Essa boa relação persistiu durante a Conferência, propiciando que a delegação brasileira comparecesse, desde o início da Reunião à *"Sudan Room"*¹⁷¹ a fim de dialogar com as Organizações não-Governamentais atuantes naquele momento.

Destaca que, no seminário oficial do Ministério das Relações Exteriores sobre o assunto, organizado em conjunto com o Conselho da Justiça Federal, *"a atuação da diplomacia brasileira e boa parte da intelectualidade deste país demonstrou claro ânimo, consentimento e desejo, em relação à ratificação do TPI pelo Brasil"*.¹⁷²

¹⁷¹ JARDIM, Tarciso Dal Maso, "O Tribunal Penal Internacional e a sua Importância para os Direitos humanos.", in *"O que é o Tribunal Penal Internacional?"* Câmara dos Deputados. Comissão de Direitos humanos. Centro de Documentação e Informação. Coordenação de Publicações. Brasília- 2000, pp.15-33.

¹⁷² Idem, p. 29.

O Deputado Nilmário Miranda também aponta que durante a Conferência dos Plenipotenciários, os representantes da Comissão de Direitos humanos defenderam a aplicação mais efetiva do princípio da justiça universal por meio da criação de um tribunal penal permanente, capaz de se sobrepôr às jurisdições internas de cada país.

Dal Maso considera que o processo de discussão sobre TPIP, incluindo seminários e audiências públicas na Câmara dos Deputados, foi o fator responsável pela assinatura do Estatuto por parte Brasil e, naquela ocasião, clamou para “*que as convicções do Executivo, após acalorado e profundo debate, inspirem a pronta aprovação deste Estatuto pelo Congresso Nacional*”.¹⁷³

De acordo com o Deputado, o corpo diplomático brasileiro já participava de uma Comissão Preparatória para o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional, antes mesmo da Conferência Diplomática de Plenipotenciários nas Nações Unidas, em Roma, em julho de 1998, quando o Estatuto do TPI foi aprovado.¹⁷⁴

Segundo Roy Lee, em sua obra “*The International Criminal Court- The Making of the Rome Statute*”, o Brasil

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.¹⁷⁵

Concordando com a efetiva participação da delegação brasileira na Conferência, o Deputado Nilmário Miranda afirma que,

¹⁷³ MIRANDA, Nilmário, “Apresentação”, in “*O que é o Tribunal Penal Internacional?*” *op. cit.* p. 8.

¹⁷⁴ Vale salientar que nessa Conferência, a delegação brasileira foi chefiada pelo Embaixador Gilberto Sabóia. (N. A.).

¹⁷⁵ LEE, Roy. S., “*The International Criminal Court- The Making of the Rome Statute*”, The Hague: Kluwer, 1999, p. 577-78, citado in MEDEIROS, Antônio Cachapuz de, “*O Tribunal Penal Internationale a Constituição Brasileira.*”, in “*O que é o Tribunal Penal Internacional?*” *op. cit.*, p. 13.

podemos dizer que o nossos representantes internacionais tudo fizeram para colocar em prática o art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição Federal, que preceitua: O Brasil propugnará pela formação de um Tribunal Internacional dos Direitos Humanos.¹⁷⁶

No final do ano de 1999, a Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados se fez representar por seu Presidente na terceira reunião da Comissão Preparatória para o Estabelecimento do TPI na sede da ONU, em Nova Iorque, na qual discutiu-se como as legislações nacionais devem se adequar à nova jurisdição internacional. Nas palavras do Deputado,

voltamos convictos de que os óbices que têm sido apresentados nesse sentido podem facilmente ser removidos, caso haja vontade política para fazer prevalecer os valores e os princípios maiores, derivados da Declaração Universal dos Direitos Humanos e claramente contemplados pela nossa Constituição.¹⁷⁷

O Deputado relata ainda que esse foi o entendimento geral na audiência pública realizada pela Comissão de Direitos Humanos em 2 de fevereiro de 2000, na qual representantes dos organismos do Estado ligados aos direitos humanos, bem como só parlamentares e ativistas presentes, não opuseram barreiras à “harmoniosa” adaptação do ordenamento jurídico brasileiro à nova jurisdição da Corte Internacional. Nesse sentido, aos 7 dias de fevereiro, o Ex- Presidente Fernando Henrique Cardoso assinou o Tratado.

Nas palavras do Subsecretário-Geral de Assuntos Políticos do Itamaraty, Embaixador Ivan Cannabrava, em depoimento à Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional da Câmara dos Deputados, no dia 20 de maio de 2000, *"no entendimento do Governo brasileiro, o texto aprovado contém os elementos necessários ao estabelecimento de uma Corte penal eficiente, imparcial e independente"*.¹⁷⁸

¹⁷⁶ MIRANDA, *op. cit.*, p. 8.

¹⁷⁷ *Idem.*

¹⁷⁸ Citado in MEDEIROS, “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira” in *“O que é o Tribunal Penal Internacional?” op. cit.*, p. 13.

No Brasil, apesar de inúmeros discursos terem se revelado favoráveis à ratificação do Estatuto de Roma do TPIP desde 1998 (conforme já mencionamos anteriormente nesse trabalho), as questões suscitadas pelo advento do TPIP não podem ser tratadas de maneira ingênua e, ou até simplista.

Ainda que tais discursos se vistam de uma roupagem um tanto ‘humanista’, sempre evidenciando a importância da criação de uma Corte Penal dessa natureza a fim de assegurar a proteção dos direitos humanos no plano internacional, a partir do julgamento de crimes específicos em razão de sua gravidade, devemos analisá-los com uma certa cautela, procurando detectar o que está por trás desses discursos, dessas posições, se é que há argumentos.

Nossa posição é de que mesmo sendo de suma importância a preocupação com a efetividade dos direitos humanos, seja no plano interno dos Estados, seja no plano das relações internacionais, não podemos deixar de considerar uma série de questões polêmicas e controversas permeiam o debate acerca da criação do Tribunal Penal Internacional Permanente, ainda que algumas delas só apareçam nas entrelinhas do debate realizado em nosso país.

A relação entre a natureza complementar do Tribunal e a soberania estatal, o papel do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas são exemplos de algumas questões polêmicas genéricas. Já as possíveis incompatibilidades entre a nossa Constituição Federal de 1998 e o Estatuto de Roma são mais específicas.

B) TRÊS FORMAS DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO PENAL

Em sua tese acerca da *“Internacionalização do Direito Penal- A Gestão de Problemas Internacionais por meio do Crime e da Pena”*, Maíra Machado apresenta três formas de internacionalização do exercício da jurisdição penal¹⁷⁹ sobre conflitos de caráter e repercussão internacionais.¹⁸⁰

A primeira forma se dá no plano da jurisdição penal dos Estados, de acordo com “o princípio da jurisdição universal nacionalizada” calcado no “princípio da soberania estatal”, a jurisdição penal estatal é exercida por Tribunais nacionais competentes para determinar crimes que serão por eles julgados, de acordo com o ordenamento jurídico interno e valores jurídicos escolhidos por eles, independente da aceitação do Estado envolvido. Trata-se de uma *“forma de aplicação de normas penais que independe do local em que ocorreu o delito, da nacionalidade das pessoas envolvidas e da vinculação aos interesses de proteção de um Estado em particular”*.¹⁸¹

Portanto, observa-se que Maíra Machado diferencia o exercício da jurisdição penal sobre esses conflitos internacionais no plano da jurisdição penal dos Estados nacionais, de acordo com os princípios da “territorialidade” e da “extraterritorialidade”¹⁸²

¹⁷⁹ MACHADO, Maíra Rocha, *“A Internacionalização do Direito Penal- A Gestão de Problemas Internacionais por meio do crime e da pena.”* São Paulo: Ed. FGV e Editora 34, 2004 (no prelo), quadro 3. “Internacionalização da Atividade Jurisdicional”, p. 110.

¹⁸⁰ De acordo com Maíra Rocha Machado, os conflitos de caráter e repercussão internacionais são aqueles *“que envolvem diretamente ao menos dois Estados, (...) ocorridos no interior de um Estado, mas sobre os quais a “comunidade internacional” decide intervir por meio do crime e da pena.”* MACHADO, Maíra Rocha, *op. cit.*, p. 73.

¹⁸¹ MACHADO, Maíra Rocha, *op. cit.*, p. 75.

¹⁸² *“No âmbito da jurisdição penal do Estado, o “princípio da territorialidade” constitui a regra, ou seja, compete ao Estado o julgamento de todos os crimes cometidos em seu território, sejam eles praticados por nacionais ou estrangeiros. Já o “princípio da extraterritorialidade” da jurisdição penal estatal, refere-se à possibilidade do Estado exercer sua atividade jurisdicional para além da circunscrição de seu território. Como exemplos desse princípio temos o “princípio da nacionalidade”, que autoriza ao Estado*

daquela que também ocorre no interior do Estado, porém baseada num “direito universal de punir.” Somente esta última configura uma forma de internacionalização da atividade jurisdicional penal.

As duas outras formas se dão no plano da jurisdição penal internacional, ou seja numa jurisdição criada por Estados, através de acordos ou tratados, porém externa a eles.

A jurisdição dos Tribunais Penais Internacionais *ad hoc*, criados para o casos específicos, a fim de julgar fatos anteriores, tem primazia sobre os Tribunais nacionais.

Já, a terceira e última forma de internacionalização da jurisdição penal refere-se ao Tribunal Penal Internacional Permanente, que regido pelo “princípio da complementaridade” visa complementar a jurisdição dos Estados-parte de seu Estatuto, em casos particulares. Tal jurisdição só poderá ser exercida sobre fatos posteriores à entrada de em vigor de seu Estatuto. Analisaremos este princípio com mais detalhes a seguir.

C) QUESTÕES POLÊMICAS GENÉRICAS

1) O PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PERMANENTE FACE O PRINCÍPIO DA SOBERANIA NACIONAL

Ao versar sobre o Tribunal Penal Internacional Permanente, o Deputado Miranda ressalta que *“essa nova jurisdição não é estrangeira, mas sim internacional, da qual todo Estado-parte é titular [e, portanto], “ao admitir essa jurisdição, não estaremos sacrificando nada de nossa soberania nacional, mas complementando nossos esforços para a efetivação dos direitos humanos tão valorizados em nossa Constituição”.*¹⁸³

competência para julgar os crimes cometidos por seus nacionais em outros territórios (ativa) bem como os cometidos contra seus nacionais no exterior (passiva) e o “princípio de proteção” que permite ao Estado estender sua jurisdição penal aos delitos cometidos em outros país contra seus interesses nacionais”. In MACHADO, Maíra, *op. cit.* pp. 74-75.

¹⁸³ MIRANDA, Nilmário, *op. cit.*, p. 7. (grifo nosso).

Esse argumento em defesa do TPIP, pretendendo afastar a validade de quaisquer tipos de crítica no sentido de que tal jurisdição recairia direta ou indiretamente sobre a soberania nacional dos Estados-parte, funda-se no “princípio da complementaridade” jurisdicional desse Tribunal.

De acordo com esse princípio, o Tribunal só estará legitimado a exercer sua atividade jurisdicional caso os órgãos correspondentes nacionais se revelarem (1) incapazes de investigar ou processar um determinado caso ou (2) injustos quanto à condução independente e parcial do processo.¹⁸⁴

Todavia, o que significa dizer que o órgão jurisdicional interno agiu de maneira “incapaz”, “falha” ou “injusta” em um determinado caso? Significa sua inércia em julgar um caso específico ou uma “decisão inesperada” e até “não-desejada” por parte da “comunidade internacional” dos Estados? E nesses casos, a soberania nacional não estaria sendo ‘sacrificada’, nos termos em que o Deputado diz?

Outro problema em relação ao Tribunal é o fato de ele não reconhecer hipóteses bastante conhecidas como a anistia e as Comissões de Verdade (*Truth Comissions*). Nesses casos, conforme ocorre no Brasil no final da década de 70, em decorrência da ditadura militar, embora houvesse previsão legal de punição penal das condutas praticadas, o Estado decidiu anistiar seus nacionais, ou seja, extinguir sua punibilidade.

Por não reconhecer esses tipos de instrumentos, o Estatuto determina que sempre haverá intervenção, mesmo que tais procedimentos sejam frutos de acordos nacionais. Nesses casos, a intervenção do TPIP pode causar tensões ainda maiores, não

¹⁸⁴ Artigo 17, 2. “Questão de Admissibilidade”. Estatuto de Roma.

conseguindo solucionar de maneira satisfatória as questões decorrentes das violações aos direitos humanos.

Por esses motivos, as questões suscitadas pelo advento do TPIP não podem ser tratadas de maneira parcial e até simplista, diríamos.

Ademais, seguindo o argumento do Deputado transcrito acima, admitir a jurisdição do TPIP revelaria um maior empenho na efetivação/realização dos direitos humanos valorizados em nossa Carta Magna. O que significa esse argumento? Que a nossa Constituição por si só, não é capaz de obrigar o Estado brasileiro a proteger os direitos humanos? Que dependemos de um órgão jurisdicional supranacional para assegurarmos tais direitos internamente? E mais, o TPIP só prevê o julgamento e punição de alguns crimes específicos contra os direitos humanos, que são tidos como “os mais graves”. E a fome que assola o nosso país e a maioria dos países africanos, por exemplo: por que não é tipificada como crime contra os direitos humanos pelo TPIP, então não precisamos lutar contra ela?

O “princípio da complementaridade” adotado pelo TPIP em seu Estatuto foi resultado de acirrados debates entre os Estados durante as reuniões preparatórias à criação do Tratado. Trata-se de um princípio baseado na “jurisdição penal internacional”.

Para Carlos Eduardo Japiassú, ainda que se tenha adotado esse princípio em detrimento do “princípio da primazia da jurisdição penal internacional” do Tribunal “*a criação do Tribunal Penal Internacional (...) encerra a universalização de uma noção que é indispensável à implementação da jurisdição penal internacional, a da prevenção e repressão aos crimes internacionais próprios (crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes contra a paz)(....).*”

Ao defender de maneira efusiva a criação do TPIP, esse autor assevera que

o surgimento do Tribunal marcará, de uma vez por todas, a efetivação de ideais constantes no princípio da universalidade [do direito de punir], também conhecido como da justiça universal, cosmopolita, da competência universal ou da extraterritorialidade absoluta”.¹⁸⁵

Temos, contudo, algumas ressalvas a esse argumento prognóstico. Em primeiro lugar, quais seriam “esses ideais constantes no princípio da universalidade” do direito de punir? Podemos dizer que esse “princípio da universalidade”, ou seja, da “jurisdição universal” é o mesmo que o “princípio da justiça universal”?

Ao nosso ver, em consonância com a tese de Maíra Machado, podemos dizer que a criação do TPIP é uma das formas de internacionalização da atividade jurisdicional penal a partir dos dispositivos legais constantes de seu Estatuto, de maneira complementar à jurisdição estatal dos Estados-parte, tendo validade apenas no âmbito desses Estados-membros e daqueles não-membros que aceitarem excepcionalmente tal jurisdição, salvo se a questão for enviada ao TPIP pelo Conselho de Segurança.

Constata-se, portanto, que a “universalidade” jurisdicional do TPIP é limitada a essas três hipóteses de incidência, ou seja ‘a universalidade do direito de punir’ desta Corte não pode ser considerada ‘universal’, no sentido ‘cosmopolita’ do termo. Portanto, não pode se afirmar que esse Tribunal irá “efetivar os ideais da extraterritorialidade absoluta”, porque o alcance de sua jurisdição permanente é relativa.

Por esse motivo, o alcance da ‘justiça’ pretendida pelo TPIP também nunca poderá ser universal. Dito de outra forma, a ampliação da atividade jurisdicional penal para além do plano nacional não implica necessariamente na efetivação da ‘justiça’ no âmbito internacional no que diz respeito ao julgamento de crimes contra os direitos

¹⁸⁵ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano, “*O Tribunal Penal Internacional- A Internacionalização do Direito Penal*.” Rio de Janeiro: Ed.: Lumen Juris, 2004, p. 161.

humanos, como pretendem os defensores do TPIP. Isto porque, os agressores nacionais de um Estado não-parte não poderão ser processados pelo Tribunal, correndo o risco de continuarem impunes.

2) O CONSELHO DE SEGURANÇA DA ONU

De acordo com a Carta das Nações Unidas, o Conselho de Segurança é o órgão que deve zelar pela manutenção da paz e segurança internacionais. Atua por meio de “resoluções”, que devem ser aceitas e cumpridas pelos Estados membros da ONU.

Destaca-se dos demais órgãos internacionais por ser o único capaz de impor obrigações aos Estados. O descumprimento de tais deveres pode implicar em sanções econômicas e políticas.¹⁸⁶

O Conselho é composto por 15 membros, cinco permanentes- China, Estados Unidos, Rússia, França e Inglaterra- e dez membros eleitos pela Assembléia Geral por um período de 2 anos. Cada membro dispõe de um voto. As decisões do Conselho sobre o questões de procedimento dependem do voto afirmativo de, no mínimo, nove dentre os quinze. A regra de “unanimidade das grandes potências” ou “poder de veto” consiste no fato de que, para todas as demais questões, dentre os nove votos afirmativos cinco devem ser necessariamente dos cinco membros permanentes.¹⁸⁷

Conforme mencionado anteriormente, o Estatuto de Roma prevê a possibilidade do Tribunal exercer sua jurisdição a qualquer um dos crimes previstos em seu rol caso “*O Conselho de Segurança, agindo nos termos do Capítulo VII da Carta das Nações*

¹⁸⁶ Artigo 41 da Carta das Nações Unidas.

¹⁸⁷ Tendo em vista a dificuldade de se criar “resoluções” compatíveis com essa última regra, a partir de meados da década de 80, o Conselho passou a considerar apenas os votos negativos, e não as abstenções, como aptos a ensejar o veto, in, MACHADO, Máira Rocha, *op. cit.*, p, 92

*Unidas, denunciar ao Procurador qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários desses crimes”.*¹⁸⁸

O Capítulo VII da Carta da ONU dispõe sobre “*Ação em caso de ameaça à paz, violação da paz ou atos de agressão*”.¹⁸⁹ Caso o Conselho verifique a existência de qualquer ameaça ou atentado à paz ou ato de agressão, poderá fazer recomendações ou decidir as medidas a serem tomadas para manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais. Nessas situações, poderá acionar a jurisdição do TPIP.

A atuação do Conselho de Segurança gera uma certa controvérsia. Por um lado, três de seus membros permanentes não ratificaram o Estatuto - Rússia, China e Estados Unidos - e, portanto não terão seus nacionais julgados pela Corte a não ser que aceitem sua jurisdição em casos específicos. Por outro lado, podem mediante “unanimidade de votos” positivos mais outros quatro votos (somando nove) tanto denunciar uma situação ao Promotor bem como suspender a persecução do TPIP (exercendo seu poder de veto sobre um determinado caso). Dessa maneira, constata-se que, os países membros do Conselho de Segurança, representando esse Conselho são parte legítima para denunciar casos ao TPIP (legitimidade ativa) independentemente se serem membros do Estatuto da Corte. Contudo, caso não sejam membros do Estatuto não podem ter seus nacionais julgados por ela (legitimidade passiva), se assim não o quiserem.

¹⁸⁸ Artigo 13, b, do Estatuto de Roma do TPIP.

¹⁸⁹ Artigo 39, Carta das Nações Unidas.

3) A *CIVIL LAW* E A *COMMON LAW* NO ESTATUTO DE ROMA

Como já mencionado em nosso primeiro relatório (novembro de 2003), desde o início das discussões acerca da criação do TPIP, a Comissão de Direito internacional da ONU, e depois o Comitê Preparatório criado pela Assembléia Geral, se preocuparam em não privilegiar nenhum dos principais sistemas judiciais vigentes: o sistema da *common law* congregando parte dos países de tradição anglo-saxônica e o sistema da *civil law*, abarcando os países com raízes no Direito Romano, como o nosso. Buscava-se criar um sistema de regras original, novo, específico para regular a estrutura de uma Corte internacional com perfil desvinculado de quaisquer Estados.

Tanto na opinião de Schabbas, explicitada em nosso primeiro relatório, quanto na opinião da juíza brasileira Sylvia Steiner essa proposta não vingou de todo, pois verifica-se na verdade que houve uma tentativa de conciliação entre institutos próprios do sistema do *common law* e outros próprios do sistema da *civil law*. “*Esse casamento forçado, em diversos dispositivos do Estatuto, demonstrou não ter dado certo, como aliás não daria qualquer casamento forçado*”¹⁹⁰, como poderá ser observado na discussão sobre a previsão da pena de prisão perpétua .

4) O REGIME DE COOPERAÇÃO ENTRE OS ESTADOS

De acordo com o Estatuto de Roma, os Estados Partes estão obrigados a cooperar plenamente com o Tribunal na investigação e no julgamento dos crimes previstos no Estatuto. Este dever compreende a obrigação de prender e entregar os acusados ao Tribunal. O Estatuto obriga os Estados-membros a garantirem a existência de procedimentos no direito interno que possam ser aplicados a todas as formas de

¹⁹⁰ STEINER, Sylvia, *op. cit.*, p. 35.

cooperação especificadas no Estatuto, a fim de assegurar que o direito interno facilite a capacidade do Estado para atender às solicitações do Tribunal.

Segundo o Prof. Dr. João Grandino Rodas, *“o Tribunal não tem nenhum poder coercitivo com referência às suas investigações e seus julgamentos. Se não houver a colaboração dos países que o admitirem, entregando pessoas, criando possibilidades, o Tribunal não será viável (...).”*¹⁹¹

D) OS PONTOS CONTROVERTIDOS ESPECÍFICOS

1) A ENTREGA DE NACIONAIS AO TPIP

Quanto à extradição, ou seja, a entrega de um indivíduo de um Estado a outro para julgamento, é proibida pelo artigo 5.º, incisos LI e LII da Constituição Federal.¹⁹² O artigo 89 do Estatuto de Roma, em aparente conflito com nossa norma constitucional, prevê a entrega de nacionais para o Tribunal Penal Internacional.

A fim de evitar controvérsias em relação ao ordenamento jurídico interno dos Estados-partes, o próprio Estatuto diferencia os dois institutos no art. 102:

Por 'entrega' se entenderá a entrega de um indivíduo por um Estado ao Tribunal, em conformidade com o disposto no presente Estatuto; por 'extradição' se entenderá a entrega de um indivíduo por um Estado a outro, em conformidade com o disposto em um tratado, convenção ou no direito interno.

Para a corrente defensora do TPIP, a incompatibilidade neste caso também é aparente. De acordo com Miguel Guskow,

¹⁹¹ RODAS, João Grandino, Texto baseado nas notas taquigráficas de conferência proferida no Seminário Internacional “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira”, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, em 30 de setembro de 1999, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília-DF

¹⁹² O art. 5º LI e LII da C. F. versam respectivamente: “nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei” e “ não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião.”

não pode haver confusão de institutos e de entendimentos quanto à entrega de um indivíduo ao TPIP com a extradição. (...) A extradição diz respeito à cooperação entre Estados, regida pelo princípio da igualdade soberana. A entrega diz respeito à cooperação entre Estados e o TPIP, uma relação regida pelo princípio da complementaridade, pela qual o TPIP tem caráter excepcional e complementar.¹⁹³

Para Antônio Cachapuz de Medeiros,

ademais, uma das principais causas da não-extradição de nacionais - a idéia de que não haverá imparcialidade na Justiça estrangeira - não se aplica ao Tribunal Penal Internacional, porque neste os crimes estão nitidamente cominados no Estatuto, suas normas processuais são as mais avançadas do Mundo e qualquer tendência a politizar o processo será controlada por garantias rigorosas. Logo, a previsão de entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional, estabelecida no Estatuto de Roma, não fere, salvo melhor juízo, o artigo 5º, LII, da Constituição da República(...).¹⁹⁴

Todavia, tendo em vista a proibição constitucional de extradição de brasileiros natos e de brasileiros naturalizados antes do fato criminoso (nesse último caso com a exceção dos crimes de tráfico de entorpecentes), ressalta-se que a delegação brasileira em Roma defendeu que não havia possibilidade de o Brasil "extraditar" os nacionais dessas categorias para o futuro Tribunal, caso fosse necessário. Apesar de aprovar o Estatuto no plenário final da Conferência, fez declaração de voto no sentido das dificuldades constitucionais nessa matéria.

Essa posição foi contestada por Tarciso dal Maso Jardim, em artigo distribuído na Conferência, intitulado "*The International Criminal Court: Brazil and the Question of Extradition*", no qual argumenta: (1) que a entrega não se trata do instituto da extradição, mas sim entrega *sui generis*, em que um Estado transfere determinada pessoa a uma jurisdição penal internacional que ajudou a construir; (2) que o TPIP está sendo formado mediante um tratado do qual o Brasil pretende fazer parte, o que significa dar-lhe

¹⁹³ GUSKOW, Miguel, "O Tribunal Penal Internacional e os problemas futuros a enfrentar em relação à Soberania Nacional" in www.escriitoronline.com.br, junho de 2001, p. 15.

¹⁹⁴ MEDEIROS, Antônio Cachapuz, in "O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira." In "O que é o Tribunal Penal Internacional?", *op. cit.*, p. 14.

recepção constitucional nos termos do artigo 5º, 2 da Constituição Federal e não hierarquia inferior como geralmente decide o Supremo Tribunal Federal; (3) que as disposições transitórias da CF/88 propugnam a criação de um Tribunal Internacional dos Direitos humanos e que embora o Tribunal Penal não seja exclusivamente um tribunal de Direitos humanos, possui aspectos intrínsecos aos mesmos e, o que é importante, vai de encontro com o projeto constitucional brasileiro.

Nesse sentido, afirma o autor

denunciamos, então, a contraditória e cômoda posição brasileira, evitando que criminosos brasileiros fossem apresentados ao Tribunal e ao mesmo tempo impedindo que o Brasil se transformasse em um reduto de criminosos estrangeiros.¹⁹⁵

2) A PRISÃO PERPÉTUA

O artigo 77¹⁹⁶ do Estatuto de Roma prevê a possibilidade de aplicação da pena de prisão perpétua para crimes de extrema gravidade e segundo circunstâncias pessoais do condenado. Teoricamente, tal disposição confrontaria frontalmente com o artigo 5º, XLVII, b¹⁹⁷ da Constituição Federal, que estabelece a impossibilidade de penas de caráter perpétuo.

Essa incompatibilidade com a Constituição é, todavia, questionada por juristas como Antônio Cachapuz de Medeiros, Tarciso Dal Maso Jardim e Sylvia Steiner.¹⁹⁸

Segundo esta jurista, juíza eleita do Tribunal Penal Internacional Permanente em 04 de fevereiro de 2003, a previsão da pena de prisão perpétua pelo Estatuto de Roma

¹⁹⁵ JARDIM, *op. cit.* p. 32.

¹⁹⁶ Versa o art. 77 do Estatuto de Roma: “O Tribunal poderá aplicar a pena de prisão perpétua ao réu quando justificada pela extrema gravidade do crime e pelas circunstâncias pessoais do condenado.”

¹⁹⁷ Reza o art. 5º XLVII, b da C. F.: “não haverá penas de caráter perpétuo.”

¹⁹⁸ STEINER, Sylvia Helena, “O que é o Tribunal Penal Internacional”, Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2000.

resultou de grande debate, prevalecendo a previsão da pena perpétua em lugar da pena de morte.

De acordo com Sylvia Steiner, de um lado, as delegações de países com sistemas assentados na *common law* defendiam a previsão de pena de morte no Estatuto do TPIP seja como medida justa de retribuição, ou como medida útil.¹⁹⁹ Sustentavam o fato de que a gravidade dos crimes a serem julgados pela Corte seria reforçada com a previsão da pena de morte e que, portanto, sem a possibilidade de se aplicar a pena de morte, os objetivos e a credibilidade da Corte seriam abalados.

De outro lado, a oposição das delegações de países fundados no sistema da *civil law*, sustentava-se no fato de que a não previsão da pena de morte poderia ser interpretada como um progressivo desenvolvimento do costume internacional no sentido da proscrição dessa pena. Invocaram também o compromisso internacional dos países signatários do Protocolo Adicional ao Pacto de Direitos Civis e Políticos, dos americanos signatários da Convenção Americana sobre Direitos humanos, e dos europeus signatários da Convenção Européia, no sentido da abolição da pena de morte, ou ao menos de sua não extensão a outros delitos. Portanto, caso fosse prevista tal pena no Estatuto, esses países não poderiam ser signatários do Estatuto de Roma, nem tampouco colaborar com a obrigação da entrega de pessoas à Corte se esta pudesse condená-los à pena de morte.

Com relação à inclusão da pena de prisão perpétua, prevista no projeto da Comissão de direito internacional, a corrente ‘conciliadora’ defendeu ser necessária a

¹⁹⁹ A autora cita a explicação de Norberto Bebeu acerca das duas correntes que antepõem suas concepções sobre a justificativa da pena de morte: “*uma, a que se assenta numa concepção chamada ética, para a qual a pena de morte é decorrência da regra de justiça. Tem caráter retributivo. A pena é justa. Outra, a concepção chamada utilitarista, para a qual a pena de morte só se justifica se provar-se que é útil, quer para fins de prevenção geral, quer para fins de prevenção especial, quer para a defesa social.*” STEINER, Sylvia, “O Tribunal Penal Internacional, a Pena de Prisão Perpétua e a Constituição Brasileira”, in “*O que é o Tribunal Penal Internacional?*” *op. cit.* p. 34.

¹⁹⁹ O §3º, do art. 110 prevê a revisão da pena após 25 anos de cumprimento, a fim de saber se essa pode

manutenção deste tipo de pena, no sentido de mostrar, alguma flexibilidade às delegações que insistiam na inclusão da pena morte, para alcançar-se um acordo.

Apesar de Portugal e os países ibero-americanos terem se oposto tanto à inclusão da pena de morte quanto à de prisão perpétua no Estatuto, venceu a corrente conciliadora. Assim, as negociações levaram à aceitação da manutenção, no Artigo 77 de seu texto, da pena de prisão perpétua, em troca da não inclusão da pena capital.

Sylvia Steiner e Tarciso Dal Maso Jardim alegam que os opositores à previsão da pena de prisão perpétua fizeram constar tal hipótese como excepcional, sendo suscetível de revisão e redução nos termos do artigo 110 do Estatuto.²⁰⁰

Apesar da controvérsia entre a previsão de pena de prisão perpétua no Estatuto e a sua vedação em nossa Constituição, Sylvia Steiner não pensa configurar essa uma incompatibilidade capaz de ensejar a não adesão do Brasil ao Tratado do TPIP.

A autora justifica sua posição atentando para a prevalência dos princípios sobre as regras. Assim, menciona os princípios constitucionais da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais (art. 4º, II) e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Destaca também que o rol de direitos e garantias fundamentais agregam-se aos direitos e garantias previstos nos tratados internacionais dos quais o país seja parte (art. 5º, pár.2º) e que as Disposições Finais Transitórias da Constituição propugnam pela criação de um Tribunal de direitos humanos (art. 7º). Defende que

²⁰⁰ O §3º, do art. 110 prevê a revisão da pena após 25 anos de cumprimento, a fim de saber se essa pode ser reduzida. Neste caso, o recluso poderá ter sua pena reduzida se uma ou mais condições estiverem presentes (§4º, do art. 110): a) manifestação de vontade de cooperar com as investigações do processo, desde o princípio e de forma continuada; b) execução voluntária das decisões e ordens do Tribunal em outros casos, em particular auxiliando na localização de bens sobre os quais incidam multas, seqüestro ou reparação que possam ser utilizados em benefício das vítimas; ou c) Outros fatores previstos nas Regras de Procedimento e Prova que permitam determinar uma mudança nas circunstâncias suficientemente clara e importante para justificar a redução da pena. E se durante tal revisão o TPI não alterar a pena, há possibilidade de voltar a examinar a questão posteriormente (§5 do mesmo art. 110 do Estatuto de Roma) N. A.

as regras contidas no texto constitucional devem ser interpretadas de molde a se conformar com o princípio de que decorrem. Não o inverso: não se pode privilegiar a regra, em detrimento do princípio. (...) Regendo-se nas suas relações internacionais pela prevalência dos direitos humanos, a existência de normas de direito interno diversas daquelas previstas numa Corte internacional não poderia levar a um juízo de incompatibilidade, quer formal, muito menos substancial, por uma questão de lógica.²⁰¹

Visto que a ordem jurídica interna ou internacional é dinâmica, Sylvia Steiner acredita que mudanças podem alterar o conteúdo material de normas constitucionais, passando a serem constitucionais desde que não se oponham aos princípios, às reservas materiais ou de justiça, e nem causem trauma ao sistema.

Dessa maneira, na opinião da autora, *“não haveria nas disposições estatutárias, qualquer incompatibilidade com o texto da lei maior, na medida em que a proibição da pena de prisão perpétua restringiria o legislador interno, e tão somente ele”*.²⁰² Além disso, Sylvia Steiner alega que o tribunal cuidará de crimes diversos dos previstos nas leis penais ordinárias e de gravidade que ultrapassa o território nacional, razão pela qual a vedação constitucional (da pena de prisão perpétua) não poderia ser estendida a eles.²⁰³

A autora ressalta ainda a previsão excepcional da pena de morte para os crimes militares cometidos em tempo de guerra, presente no mesmo rol de direitos e garantias constitucionais (art. 5º, XLVII, ‘a’). De acordo com o Código Penal Militar (Decreto Lei 1001, de 21.10.69) há um extenso rol de delitos punidos com pena capital.

Diante dessa constatação,

reforça-se a idéia de que a previsão restritiva à pena de prisão perpétua, dirigida ao legislador ordinário interno, não oferece resistência à afinação de crimes internacionais, em tudo assemelhados aos crimes cometidos em tempo de guerra - aqui compreendidas as situações de conflito previstas no Estatuto

²⁰¹ STEINER, Sylvia, *op. cit.*, p. 38.

²⁰² *Idem*, p. 39.

²⁰³ STEINER, Sylvia Helena “O Tribunal Penal Internacional” in *Boletim do IBCCrim*. N. 83, São Paulo, IBCCrim, outubro/99, pp.12-13.

do TPI - que poderiam inclusive, na legislação interna, serem punidos com a pena capital.²⁰⁴

No mesmo sentido, Cachapuz de Medeiros afirma que “a proibição constitucional da pena de caráter perpétuo restringe apenas o legislador interno brasileiro. Não constrange nem legisladores estrangeiros, nem aqueles que labutam na edificação do sistema jurídico internacional”.²⁰⁵

A despeito de ser favorável a adesão do Brasil ao Tratado do TPIP, Sylvia Steiner esclarece que “a ratificação do Brasil ao TPI não implica, jamais poderá implicar, em defesa da pena de prisão perpétua”.²⁰⁶

Já Luiz Vicente Cernicchiaro, durante o Seminário Internacional “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira”²⁰⁷, defendeu a inadequação entre o Estatuto de Roma e as normas constitucionais vigentes afirmando que

por norma submissa à Constituição, ao aceitar o Estatuto, o Brasil, sem dúvida, por via oblíqua, estará renunciando à própria soberania. É certo que no momento em que a política entra na sala, o direito sai pela janela. Por razões de política internacional, poderá o Brasil querer subscrever sem reserva esse Estatuto. Estará, a meu aviso, afrontando a nossa Constituição.²⁰⁸

Cezar Roberto Bittencourt, apesar de reconhecer no TPIP sua função humanizadora e pacificadora das relações internacionais, também faz ressalvas à previsão da pena de prisão perpétua, argumentando que

o princípio da humanidade do Direito Penal é o maior entrave para a adoção da pena de morte e da prisão perpétua. Este princípio sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa

²⁰⁴ A traição (art. 355), a fuga (art. 365), o dano em bens de interesse militar (art. 384), o abandono de posto (art. 390), os crimes de genocídio (art. 401), e de violência sexual (art. 407), este quando houver o resultado morte são alguns exemplos. Há ainda a previsão de alguns delitos cujas condutas típicas são semelhantes às que vêm elencadas no rol do Artigo 8 do Estatuto, ou no Artigo 3 Comum das Convenções de Genebra, que descreve os crimes de guerra. Código Penal Militar.

²⁰⁵ MEDEIROS, *op. cit.* p., 14.

²⁰⁶ STEINER, Sylvia, *op. cit.*, p. 37.

²⁰⁷ Este Seminário Internacional foi promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, entre setembro e outubro de 1999, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília-DF.

²⁰⁸ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Pena de Prisão Perpétua. In: *Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários*. N. 11, Brasília: CJF, 2000, p. 39.

humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados. (...) Finalmente, um sistema penal somente está justificado quando a soma das violências -crimes, vinganças e punições arbitrárias- que ele pode prevenir, for superior ao das violências constituídas pelas penas que cominar. É enfim, indispensável que os direitos fundamentais do cidadão sejam considerados indisponíveis, afastados da livre disposição do Estado que, além de respeitá-los, deve garanti-los.²⁰⁹

Para Bittencourt, o Brasil não deveria deixar de ratificar este Tratado, mas para tal, deveria se tentar revisar o Estatuto de Roma (que rege o TPIP), permitindo-se, por exemplo, sua adesão com reservas. Isto porque tal medida facilitaria a adesão não só do Brasil, mas também de inúmeros outros países.

No mesmo sentido, Tarciso afirma que apesar da vedação da pena de prisão perpétua restringir apenas o judiciário interno, não se aplicando em nível internacional, *“devemos lutar, após nossa ratificação, para que se emende ou revise o Estatuto (arts. 121 e 123, respectivamente), no sentido de abolir este tipo de pena, que reputo desumana em si mesma”*.²¹⁰

3) IMUNIDADES EM GERAL E FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

À princípio, de acordo com o direito internacional, um chefe ou um ministro de Estado, em visita a outro chefe de Estado, não pode ser preso nem sofrer a jurisdição criminal por quais atos que venha praticar em território alheio. Trata-se da imunidade de jurisdição criminal internacional em razão do cargo.

Todavia, o artigo 27 do Estatuto de Roma prevê a irrelevância de função oficial na aplicação dos procedimentos do Tribunal, ou seja, não prevê tais imunidades em razão do cargo. Versa esse artigo

²⁰⁹ BITTENCOURT, Cezar Roberto, “Tribunal Penal Internacional. Prisão Perpétua: Inconstitucionalidade”, in www.e-juridico.com.br, agosto de 2001, p.7

²¹⁰ JARDIM, *op. cit.*, p. 33.

o presente Estatuto será aplicável a todos por igual sem distinção alguma fundamentada em função oficial. Em particular, a função oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de um governo ou parlamento, representante eleito ou funcionário de governo, não eximirá o indivíduo da responsabilidade penal, sob este Estatuto, nem deverá, per se, constituir motivo para redução da pena.

No Seminário Internacional “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira” supracitado, o Embaixador e membro da Comissão de Direito Internacional da ONU, João Clemente Baena Soares e o Prof. Dr. internacionalista Guido Fernando Silva Soares discutiram acerca das imunidades e dos foros privilegiados em decorrência da função.

O Embaixador revelou duas inquietações. A primeira diz respeito ao nacionais dos Estados-membros permanentes do Conselho de Segurança, que podem se beneficiar do disposto no artigo 16 do mesmo texto legal, a saber: da possibilidade do Conselho impedir ou interromper qualquer investigação ou processo num período de doze meses renováveis, o que pode constituir numa ação paralisante para a atividade do Tribunal. A segunda refere-se ao fato dos agentes e funcionários de organismos internacionais não terem sido explicitamente contemplados no artigo de supracitado, o que pode suscitar dúvidas com relação a excepcionalidade dessas funções.

O Brasil prevê algumas imunidades de jurisdição criminal e foros privilegiados para membros dos Poderes Legislativo e Executivo. Por exemplo, o Presidente da República tem o foro do Supremo Tribunal Federal para a responsabilidade civil e criminal.

Assim, a não previsão de imunidades nem foros privilegiados no Estatuto de Roma, poderá incorrer em incompatibilidade com a nossa Carta Magna. Apesar de

reconhecer essa questão controversa, ambos debatedores concordam que isso não pode configurar um óbice suficiente para o Brasil não ratificar o Tratado.

Contudo, divergem num ponto importante. O Embaixador defende a criação de uma emenda constitucional alterando a imunidades e os foros privilegiados no Brasil a fim de adaptar plenamente a Constituição Brasileira ao Estatuto. Já Guido Fernando Soares se revelou contra tal proposta.²¹¹

4) DUPLO JULGAMENTO PELO COMETIMENTO DE MESMO CRIME

Para os defensores do TPIP, em decorrência dos seus princípios de inerência e complementaridade, a previsão da possibilidade de duplo julgamento pelo cometimento do mesmo crime não deve ser considerado como um óbice à ratificação do Tratado. Isto porque o TPIP só entrará em ação caso o julgamento do Estado-parte se revelar falho ou injusto.

Dito de outra forma, um indivíduo só poderá ser julgado novamente pelo cometimento de um crime caso o processo ao qual tenha sido submetido visasse eximi-lo da responsabilidade ou caso o procedimento não tenha ocorrido de maneira independente ou imparcial, de acordo com as normas internacionalmente reconhecidas do “princípio do devido processo legal”.

²¹¹ SOARES, Guido Fernando Silva, e SOARES, João Clemente Baena, “Imunidades de Jurisdição e Foro por Prerrogativa de Função”, in *Revista CEJ/ Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários*. No. 11, Brasília: CJF, 2000.

CAPÍTULO VI – A PERSPECTIVA COMPARADA

O tema da criação do Tribunal Penal Internacional Permanente vem sendo alvo de intensos debates na agenda política internacional. De fato, não podemos analisar o debate político-jurídico que se faz acerca do TPIP no Brasil sem considerarmos sua discussão no plano internacional. Trata-se de uma problemática inserida no contexto das relações internacionais e, por isso, devemos tomar a ordem internacional e a proteção jurídica dos direitos humanos no plano internacional como pontos de partida para nossa pesquisa.

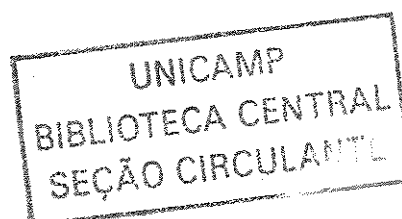
Para podermos visualizar melhor o alcance dessa discussão no plano internacional em perspectiva comparada com a sua repercussão no âmbito interno brasileiro, analisaremos a seguir alguns pontos dos debates realizado nos Estados Unidos, na Índia e no Chile.

I- O CASO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

I.II- A CRONOLOGIA DA OPOSIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS AO TPIP: DA NÃO-RATIFICAÇÃO AOS ACORDOS BILATERAIS DE IMUNIDADES.

Apesar do Ex-presidente dos Estados Unidos da América (EUA), Bill Clinton ter assinado o Estatuto de Roma no último dia de sua administração, em 30 de dezembro de 2001, desde o início de seu governo George W. Bush, em janeiro de 2002, os Estados Unidos vem conduzindo uma campanha estratégica para minar a criação do Tribunal Penal Internacional Permanente (TPIP).

Aos 6 dias do mês de março de 2002, o Sub-Secretário de Controle de Armas e Segurança Internacional dos EUA, John Bolton enviou uma carta ao Secretário-Geral das Nações Unidas, Kofi Annan, anunciando a decisão dos Estados Unidos em anular a sua assinatura do Tratado, deixando bem claro que eles não tinham a intenção de apoiar o TPIP.



O Subsecretário das Relações Exteriores, Marc Grossman explicitou a nova política estadunidense face ao TPIP afirmando que:

apesar do nosso desacordo com o Tratado de Roma, os Estados Unidos respeita a decisão daquelas nações que escolheram ratificar o Tratado, mas eles também precisam respeitar nossa decisão de não ratificar o Tratado ou submeter nossos cidadãos à jurisdição da corte.

Na mesma data, o Embaixador de Crimes de Guerra, Pierre-Richard Prosper concedeu uma breve entrevista evidenciando que “*o presidente deixou claro que- o que ele queria fazer hoje era esclarecer nossas intenções e não tomar uma posição agressiva contra o TPIP e seus apoiadores*”.

O Secretário de Defesa dos EUA, Donald Rumsfeld disse que qualquer tentativa de se levar um cidadão estadunidense a julgamento no TPIP seria “*considerada ilegítima por parte dos Estados Unidos*” e que “*nós devemos estar preparados para defender nossa nação, nossos interesses e nosso modo de vida*”.

Já em maio de 2002, quando da renovação da Administração Transitória no Timor de Leste por parte da ONU²¹² e uma semana antes das cerimônias de independência para Timor de Leste, os Estados Unidos ameaçaram opor-se a missão de renovação a menos que o Conselho de Segurança concordasse em conceder imunidade à jurisdição de cortes internacionais domésticas aos missionários de paz estadunidense. Por fim, não tendo apoio suficiente, os EUA acabaram por ceder à pressão dos outros membros do Conselho, que votou unanimemente pela retomada da missão de manutenção da paz. Os EUA advertiram, entretanto, que retornariam a essa discussão acerca da concessão de imunidade a seus oficiais nacionais uma vez que participavam de uma série de outras missões de paz pelo mundo e que não seria justo que fossem eventualmente julgados por

²¹² Tradução livre de “United Nations Transitional Administration for East Timor”. (N. A.).(N. A.).

cortes nacionais dos Estados em que se encontrassem ou por cortes internacionais, com a eventual criação do TPIP.

Nesse sentido, frente às expectativas em torno da criação do TPIP desde o início de 2002, o tema da imunidade aos cidadãos estadunidense a qualquer jurisdição estrangeira passou a ser uma das questões mais importantes da agenda política americana. Vejamos a seguir:

Em 9 de maio de 2002, o líder do Congresso, Tom DeLay, propôs a Lei de Proteção dos Servidores Americanos²¹³ (LPSA) como uma emenda à Lei Complementar de Apropriações de 2002. A proposta foi aceita por 38 votos a favor *versus* 18 contra. Em 23 de maio de 2002, a Câmara estadunidense aprovou o Ato Suplementar, incluindo o Ato de Proteção. Em 6 de junho de 2002, o Senador Warner propôs a Lei de Proteção como emenda à versão da Lei Complementar.²¹⁴ Esse texto era idêntico à versão da Câmara. Por consentimento unânime, uma emenda de segundo grau (S.AMDT.3787) do Senador Dodd (D-CT) foi incorporada ao texto do Ato:

Nada nesse texto deve proibir os Estados Unidos em prestar assistência aos esforços internacionais para levar a julgamento Saddam Hussein, Slobodan Milosovic, Osama bin Laden, e outros membros da Al Queda, líderes do grupo islâmico Jihad, e outros grupos nacionais acusados de genocídio, crimes de guerra e outros crimes contra a humanidade.

Em 19 de junho de 2002, com relação à renovação da resolução de missão de manutenção da paz de ONU na Bósnia-Herzegovina²¹⁵, os EUA apresentaram duas propostas ao Conselho de Segurança a fim de obter imunidade completa para seus missionários de paz:

1) a inserção de um parágrafo na resolução UNMIBH que isentaria os oficiais de serem “transferidos a um tribunal internacional”; e 2) a criação de uma

²¹³ Tradução livre para “Protection Servicemember’s Act”. (N. A.)

²¹⁴ Tradução livre para “Supplementar Appropriation Act” sigla: HR 4775. (N. A.)

²¹⁵ Tradução livre para “United Nations Mission in Bosnia-Herzegovina- UNMIBH”. (N. A.)

resolução geral a fim de conceder imunidade a todos os missionários de paz garantindo a todos os Estados –membros da ONU, imunidade de aprisionamento, detenção e julgamento aos oficiais participantes de operações estabelecidas ou autorizadas pelo Conselho de Segurança da ONU.²¹⁶

Em 27 de junho de 2002, os EUA fizeram pela primeira vez uma proposta especificamente com relação ao TPIP, reconhecendo que havia diferentes obrigações para os Estados-partes e Estados não-partes. Embora essa resolução se restringisse aos Estados não-parte, ela continuava a requerer imunidade total, declarando que “*os funcionários de um Estado não-parte do TPIP, porém agindo como colaborador, terá exceto em seu próprio território imunidade de aprisionamento, detenção e julgamento*”.

217

O Embaixador francês na ONU, Jean-David de Levitte propôs uma alternativa à proposta dos EUA, declarando que o Conselho de Segurança “*expressa sua prontidão, de acordo com o Artigo 16 do Estatuto do TPIP, em considerar numa análise caso a caso a fim de solicitar o aditamento das investigações e julgamentos.*”²¹⁸ Vale ressaltar, que a maior parte dos *experts* consideraram essa proposta alternativa condizente com a Carta da ONU, com o direito internacional e com o Estatuto de Roma. O Embaixador de EUA na

²¹⁶ Resolução de paz dos EUA contra o TPIP, 19 de junho de 2002, in “Chronology of US Anti-ICC Draft Proposals Leading to the Adoption of Security Council Resolution 1422”, in http://www.amicc.org/docs/Chronology_1422.pdf, p. 1, nota I, disponível na internet em 20 de agosto de 2004. Tradução livre de “1) The insertion of a paragraph into the UNMIBH resolution that would exempt peacekeepers from being “transferred to an international tribunal”; and 2) A general resolution to grant blanket immunity to all peacekeepers by giving all Member States’ “personnel participating in operations established or authorized by the UN Security Council [...] immunity from arrest, detention, and prosecution. -USA Anti-ICC Peacekeeping Resolution, June 19, 2002-”. (N. A.)

²¹⁷ Resolução de paz dos EUA contra o TPIP, 19 de junho de 2002, in “Chronology of US Anti-ICC Draft Proposals Leading to the Adoption of Security Council Resolution 1422”, in http://www.amicc.org/docs/Chronology_1422.pdf, p. 1, nota I, disponível na internet em 20 de agosto de 2004. Tradução livre de “1) The insertion of a paragraph into the UNMIBH resolution that would exempt peacekeepers from being “transferred to an international tribunal”; and 2) A general resolution to grant blanket immunity to all peacekeepers by giving all Member States’ “personnel participating in operations established or authorized by the UN Security Council [...] immunity from arrest, detention, and prosecution. -USA Anti-ICC Peacekeeping Resolution, June 19, 2002-”. (N. A.)

²¹⁸ Proposta alternativa da França, 27 de junho de 2002, in *ibidem*, p. 2, nota iii. Tradução livre de “*expresses its readiness, pursuant to Article 16 of the ICC Statute, to consider on a case by case basis requesting the ICC to defer investigations or prosecutions.* French Alternative Proposal”. (N. A.).

ONU, John de Negroponte expressou a intenção dos EUA em manter seus esforços a fim de garantir imunidade aos seus nacionais, alertando que “*um veto é definitivamente uma opção*”.²¹⁹

No dia seguinte, 28 de junho de 2002, os EUA rejeitaram a proposta francesa, renovando suas ameaças no sentido de vetar a extensão da missão de paz da ONU na Bósnia. Após não terem conseguido apoio por parte de nenhum dos outros membros do Conselho de Segurança às suas propostas, os Estados Unidos vetaram a retomada da Missão de Paz da ONU na Bosnia-Herzegovina em 30 de junho de 2002, estendendo-a apenas até o dia 15 de julho do mesmo ano, através da Resolução 1421, aprovada cinco dias mais tarde, em 03 de julho. Ademais, ameaçaram literalmente acabar com todas as outras operações de paz da ONU se sua demanda por imunidade à jurisdição do TPIP não fosse aceita.

Com a entrada em vigor do Estatuto de Roma em 1º de julho de 2002 e o comparecimento de mais de 120 nações às reuniões da Comissão Preparatória do TPIP na sede das Nações Unidas em Nova Iorque, os Estados Unidos perceberam a feroz oposição de muitos de seus aliados próximos e de outras nações no que se refere a sua posição ao TPIP. Durante as reuniões preparatórias, muitos Estados fizeram objeções a posição dos EUA afirmando que suas duas propostas ao Conselho configuravam um abuso de autoridade enquanto membro permanente desse Conselho e um uso inapropriado do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, a fim de fazer valer sua vontade.

²¹⁹ Comentários do Embaixador John D. Negroponte acerca da situação na Bósnia-Herzegovina no Conselho de Segurança em 27 de junho de 2002, in *ibidem*, p. 2, nota iii. Tradução livre de “*a veto is definitely an option*”.- Remarks from Ambassador John D. Ponte on the situation in Bosnia and Herzegovina at the Security Council Stake-Out, June 27. 2002

No dia 3 de julho de 2002, o Secretário-Geral da ONU, Kofi Annan, enviou uma carta ao Secretário de Estado dos EUA, Collin Powell expressando sua profunda desaprovação à proposta estadunidense feita ao Conselho de Segurança a fim de isentar funcionários americanos da jurisdição do TPIP, afirmando ser esta uma irresponsável e perigosa ameaça à manutenção da paz e que tal resolução violaria a Carta da ONU e o direito internacional dos tratados. Annan chamou atenção para a necessidade de uma rápida solução declarando que a proposta dos EUA *“é contrária ao direito dos tratados uma vez que força os Estados que ratificaram o Estatuto de Roma a aceitarem a resolução que literalmente emenda o tratado”*. [Ele também advertiu que] *“Conselho correria risco de desacreditado”*²²⁰ se exacerbasse suas funções se envolvendo na criação de um tratado. Assim, afirma que :

penso que posso declarar confiantemente que na história da Organização das Nações Unidas, e certamente durante o período que eu trabalhei para a Organização, nenhum missionário de paz ou qualquer outro oficial em missão estiveram perto de cometer quaisquer tipos de crimes que recaiam sob a jurisdição do TPIP. A questão que os Estados Unidos levam ao Conselho é, portanto, altamente improvável com respeito a operações de manutenção da paz da Organização das Nações Unidas. Ao mesmo tempo, o sistema inteiro de operações de manutenção da paz de Organização das Nações Unidas está sendo posto em risco.²²¹

No mesmo dia, A Comissão Preparatória (PrepCom) do TPIP se reuniu em sessão extraordinária a fim de discutir as resoluções dos EUA contra o TPIP propostas ao Conselho de Segurança. As delegações dos Estados-partes e dos Estados-cooperadores

²²⁰Carta disponível em <http://www.iccnw.org/documents/otherissues/1422/SGlettertoSC3July2002.pdf>, Tradução livre de “(...) *flies in the face of treaty law since it would force States that have ratified the Rome Statute to accept a resolution that literally amends the treaty*. [My concern is that the only real result that an adoption by the Council of the proposal would produce — since the substantive issue is moot] — *is that the Council risks being discredited*.” (N. A.).

²²¹Idem, Tradução livre de “(...) *I think that I can state confidently that in the history of the United Nations, and certainly during the period that I have worked for the Organization, no peacekeeper or any other mission personnel have been anywhere near the kind of crimes that fall under the jurisdiction of the ICC. The issue that the United States is raising in the Council is therefore highly improbable with respect to United Nations peacekeeping operations. At the same time, the whole system of United Nations peacekeeping operations is being put at risk*”.(N. A.).

com o TPIP se opuseram às propostas americanas afirmando que elas: 1) emendam ou se utilizam de maneira inapropriada do artigo 16 do Estatuto de Roma; 2) criam um papel ilegítimo para o Conselho de Segurança de acordo com a Carta das Nações Unidas; 3) minam a integridade do Estatuto de Roma; 4) afirmam injustamente que o TPIP é uma ameaça à paz e à segurança internacionais; 5) minam o princípio da complementaridade no qual se funda o TPIP.²²²

Com base nesses argumentos, os representantes dos governos presentes nessa reunião redigiram uma carta que foi enviada ao Presidente do Conselho de Segurança, expressando a posição unânime da Comissão Preparatória do TPIP frente às propostas americanas. A carta declarava que a Comissão Preparatória

está profundamente preocupada com as atuais ações do Conselho de Segurança no que se refere ao TPIP e a manutenção da paz no âmbito internacional” e convocou todos os Estados “a salvaguardar o independente e efetivo funcionamento do TPIP que é sua complementaridade à jurisdição nacional” e “a assegurar um resultado daquelas ações que respeitem completamente o tratado e o espírito do Estatuto de Roma.”²²³

Na mesma data, foi apresentada uma revisão à resolução americana proposta ao Conselho de Segurança. No primeiro parágrafo, de acordo com uma sugestão da delegação do Reino Unido, o termo ‘imunidade’ foi retirado dando lugar à solicitação para que o TPIP “*não inicie e não prossiga quaisquer investigações ou julgamentos por*

²²² Respostas dos Governos às Resoluções Estado-unidenses durante a Plenária extraordinária do Comitê Preparatório do TPIP, elencadas no documento da Coalizão de ONS pró- TPIP datado de 3 de julho de 2002, in <http://www.iccnw.org/documents/otherissues/1422/ExcerptsfromJuly3Plenary.pdf>, disponível em 04 de junho de 2004. (N. A.).

²²³ Carta da Comissão Preparatória do TPIP ao Presidente do Conselho de Segurança, em 3 de julho de 2002, <http://www.iccnw.org/documents/otherissues/1422/prepcom20020703.pdf>, disponível em 04 de junho de 2004. Tradução livre de “*is deeply concerned about the current developments in the Security Council regarding the International Criminal Court and international peacekeeping. [The Preparatory Commission calls] all states to safeguard the independent and effective functioning of the International Criminal Court that is complementary to national jurisdictions. (...) And to ensure an outcome of those developments which fully respects the letter and spirit of the Rome Statute of the International Criminal Court*”. Letter from the PrepCom to the President of the Security Council, July 3, 2002. (N. A.).

um período de 12 meses”.²²⁴ O segundo e terceiros parágrafos, que têm como objetivo renovar a cláusula de imunidade automaticamente, foram elaborados pelos EUA. Os membros do Conselho de Segurança se opuseram a esta proposta devido a sua previsão automática de renovação.

No dia 10 de julho, em resposta à solicitação do governo canadense, o Conselho de Segurança convocou uma reunião aberta especial para tratar especificamente da situação na Bósnia-Herzegovina. Representantes de mais de 100 Estados-membros da ONU, incluindo os Presidentes da União Européia, o Grupo do Rio e o Grupo *Like-Minded* expressaram sua oposição às propostas americanas ao Conselho de Segurança como sendo contrárias ao direito internacional, à Carta da ONU e ao Estatuto do TPIP.²²⁵ Nessa mesma ocasião, os Estados Unidos reafirmaram sua proposta ao Conselho no sentido de que o

TPIP não deve iniciar ou dar prosseguimento a quaisquer investigações ou julgamentos por um período de 12 meses desde sua efetivação”, substituindo a cláusula de renovação automática pela expressão de “intenção do Conselho de Segurança em renovar a cláusula (...) todo 1º de julho por um período de mais 12 meses, pelo tempo que for necessário.”²²⁶

²²⁴ Proposta do Reino Unido de emenda à Resolução de Paz dos EUA contra o TPIP, in “Chronology of US Anti-ICC Draft Proposals Leading to the Adoption of Security Council Resolution 1422”, in http://www.amicc.org/docs/Chronology_1422.pdf, p.3, nota xi. Tradução livre de “intention to renew the request [...] each July 1 for further 12 month periods for as long as may be necessary.” Reported UK-US anti-ICC peacekeeping resolution, July 3, 2002. (N. A.).

²²⁵ Respostas dos Governos às Resoluções Estado-unidenses durante a Plenária extraordinária do Comitê Preparatório do TPIP, elencadas no documento da Coalizão de Ongs pró- TPIP datado de 3 de julho de 2002, in <http://www.iccnw.org/documents/otherissues/1422/ExcerptsfromJuly3Plenary.pdf>, disponível em 04 de junho de 2004. (N. A.).

²²⁶ Resolução de Paz dos EUA, 10 de julho de 2002, in <http://www.iccnw.org/documents/otherissues/1422/usproposal.analysis20020710.pdf>, disponível em 20 de agosto de 2004, p.1. Tradução livre de “1) Requests, consistent with the provisions of Article 16 of the Rome Statute, that the ICC for a twelve-month period shall not commence or proceed with any investigations or prosecutions involving current or former officials or personnel from a contributing State not a Party to the Rome Statute for acts or omissions relating to UN established or authorized operations; 2. Expresses the intention to renew the request in paragraph 1 each July 1 for further 12 month periods for as long as maybe necessary and directs the Secretary General to communicate these annual requests of the Security Council to the ICC”. US anti-ICC peacekeeping resolution, July 10, 2002 (N. A.).

No dia 11 de julho de 2002, a França, grande crítica da proposta estadunidense, submeteu sua própria proposta, segundo a qual, segundo a qual o TPIP.

teria de notificar o Conselho de Segurança antes de iniciar ou dar continuidade a uma investigação ou a um julgamento envolvendo tanto oficiais militares quanto funcionários em exercício ou reformados de um Estado-cooperador, porém não-parte do TPIP nos casos de ações ou omissões referentes às operações estabelecidas ou autorizadas pela ONU, para que o Conselho de Segurança tomasse uma decisão.²²⁷

Tal resolução iria, portanto, permitir ao Conselho de Segurança ganhar um certo tempo antes de requerer um possível adiamento do prazo de imunidade, de acordo com o artigo 16 do TPIP. Alguns diplomatas disseram que os EUA não aceitariam tal proposta. Oficiais estadunidenses, sob pressão da ala conservadora do Congresso, por terem abandonado a demanda por imunidade total, disseram que não haver espaço para flexibilidade.²²⁸

Na mesma data, a Coalizão de Ongs pró-TPIP distribuiu um documento baseado em dados da ONU sobre tropas de cooperações nas missões de paz, revelando que à época, os missionários estadunidenses não estavam expostos à jurisdição do TPIP. A carta mostrava que em todas as missões de paz da ONU, ou os EUA não possuíam funcionários em exercício, ou o Estado visitado não por missionários nacionais dos EUA não era parte do TPIP ou o Tribunal Penal Internacional para Ex-Iugoslávia era competente. Dessa maneira a exposição ao TPIP era nula em qualquer caso.²²⁹

²²⁷ Proposta alternativa da França, 27 de junho de 2002, "Chronology of US Anti-ICC Draft Proposals Leading to the Adoption of Security Council Resolution 1422", in http://www.amicc.org/docs/Chronology_1422.pdf, p.3, nota xiii. Tradução livre de "to notify the Security Council before commencing or proceeding with any investigations or prosecutions involving current or former officials or personnel from a contributing State not a Party to the Rome Statute for acts or omissions relating to UN established or authorized operations, to all the Security Council to take a decision, as appropriate." French alternative proposal, July 11, 2002. (N. A.).

²²⁸ *New York Times*, "Diplomats say court immunity solution may be in sight," July 12, 2002.

²²⁹ CICC, "Zero US Exposure to the ICC" with chart, July 11, 2002.

Em 12 de julho de 2002, Ilhas Maurício sugeriu algumas alterações ao segundo parágrafo da proposta americana, expressando “a intenção do Conselho de Segurança em renovar tal petição numa análise caso-a-caso por mais 12 meses, pelo tempo que for necessário”.²³⁰ Além disso, os representantes permanentes do Canadá, Nova Zelândia, Brasil e África do Sul enviaram uma carta ao Presidente do Conselho, expressando sua oposição ao atual anteprojeto/rascunho da resolução.

Após inúmeras discussões, o Conselho de Segurança aprovou a resolução 1422 por unanimidade de votos a favor (15-0) e expressa sua intenção de renová-la anualmente. A Resolução requer que:

Se surgir um caso sobre atos ou omissões relacionados a uma operação estabelecida ou autorizada pela ONU envolvendo oficiais em exercício ou reformados ou funcionários de um Estado contribuinte, porém não-signatário do Estatuto de Roma, , o TPIP não deve iniciar suas investigações ou julgamentos por um período de 12 meses, a não ser que o Conselho de Segurança decida de forma diferente.²³¹

Vale ressaltar a extrema pressão feita pelos Estados Unidos e pelo Reino Unido no sentido de assegurar uma decisão pela isenção temporária dos missionários de paz do alcance da jurisdição do TPIP. Segundo o Embaixador americano junto à ONU, John D. Negroponte, essa resolução configurava apenas o primeiro passo dos esforços dos Estados Unidos em manter seus cidadãos imunes à jurisdição da corte do TPIP. Apesar da vitória dos EUA com a aprovação da Resolução 1422, podemos dizer que, até aquele momento, tratou-se uma vitória parcial no sentido de que a imunidade adquirida não é total nem pode ser renovada automática.

²³⁰ Proposta de emenda das Ilhas Maurício, em 12 de julho de 2002, disponível em <http://www.iccnw.org/countryinfo/africa/mauritius.html>, em 20 de agosto de 2004.

²³¹ Texto da Resolução 1422, 12 de julho de 2002, disponível em <http://www.iccnw.org/documents/otherissues/1422/SCRes1487June2003eng.pdf>, em 20 de agosto de 2004.

Em protesto, a Coalizão de Ongs pró-TPIP revelou seu espanto face ao número de membros do Conselho que concordaram em votar a favor da resolução, em uma nota oficial. Todavia, na mesma nota, apreciou a coragem do México e da Irlanda, que foram os últimos a sucumbir às pressões.²³²

Por fim, como em todas as disputas políticas, alguns afirmaram ter satisfeito suas demandas, enquanto outros se sentiram derrotados. Por um lado, os missionários de paz estadunidenses ganharam imunidade relativa durante um ano e, tanto a integridade da Corte quanto a missão de paz da ONU na Bósnia foram mantidas.²³³ O embaixador do Reino Unido, Greenstock afirmou que o compromisso firmado representava um resultado significativo ao preservar tanto a credibilidade tanto do Conselho de Segurança quanto do TPIP. Após ter liderado uma série de críticas às propostas americanas, a França ficou satisfeita, declarando que a resolução estava de acordo com o Estatuto de Roma. Por outro lado, outros governos continuaram desaprovando a resolução, incluindo o Canadá, cujo embaixador reafirmou que a votação representou “ *um dia triste para a ONU, Nós estamos extremamente desapontados com esse resultado. Nós não consideramos que a interpretação de um tratado internacional faça parte das atribuições do Conselho*”.²³⁴ Organizações não-governamentais expressaram um certo alívio pelo fato da resolução adotada ser muito mais fraca que as inicialmente propostas. William Pace, representante da Coalizão de Ongs pró-TPIP explicou que os Estados Unidos e o Conselho de Segurança foram os principais perdedores por terem colocado uma sombra de dúvidas a

²³² CICC, “UN Security Council Passes ICC Resolution in Contravention of UN Charter,” July 12, 2002, disponível em <http://www.iccnw.org/documents/otherissues/1422/PressAntiICCProposalPasseSC.pdf>, em 20 de agosto de 2004.

²³³ New York Times, “US Peacekeepers given year’s immunity from new court,” 13 de julho de 2002

²³⁴ CICC, “UN Security Council Passes ICC Resolution in Contravention of UN Charter,” July 12, 2002, *op. cit.*

sua própria legitimidade.²³⁵ Richard Dicker, representante da Ong Human Rights Watch, apontou que “*a corte iniciará seu trabalho em questão de meses com muito mais apoio internacional do que antes*”.²³⁶ De acordo com *experts* da ONU, a questão reaparecerá em julho de 2003 quando o Conselho de Segurança tomar a decisão de renovar ou emendar a Resolução 1422. Nesse momento, o TPIP já terá elegido seus juízes, promotores e escolhido seus funcionários e estará operando da melhor maneira possível para se defender de ataques à sua legitimidade.

Um ano mais tarde, não foi bem assim que a história se sucedeu, mas quase. De um lado, os Estados Unidos da América; do outro, o Tribunal Penal Internacional Permanente. De um lado, entre julho de 2002 e julho de 2003, no plano interno, os Estados Unidos aprovaram toda uma legislação a fim de proteger seus nacionais de quaisquer jurisdições estrangeiras, a chamada Lei de Proteção aos Servidores Americanos. No plano internacional, os EUA pressionaram não apenas o Conselho de Segurança para renovar a Resolução 1422, mas também todos os Estados, principalmente os membros do TPIP a assinar acordos bilaterais de imunidade.

Por outro lado, conforme a previsão dos *experts* da ONU, ao longo desse mesmo ano, o TPIP foi recebendo cada vez mais adesões de Estados e apoio de organizações intergovernamentais e não-governamentais, o que revela uma maior sensibilidade da comunidade internacional para o tema da segurança internacional e, conseqüentemente da proteção dos direitos humanos no plano internacional. Nesse período, o TPIP elegeu seus juízes, promotores e recrutou funcionários a fim de estruturar e dar início ao seu funcionamento.

²³⁵ Idem.

²³⁶ Human Rights Watch, “*US Campaign for permanent immunity fails*,” July 12, 2002, *op. cit.*

Veremos a seguir como as ações estratégicas dos Estados Unidos no sentido de isentar seus nacionais da eventual jurisdição do TPIP se sucederam e culminaram na elaboração de acordos bilaterais de imunidade e na imposição de sua vontade política à comunidade internacional. Ainda em meados de 2002, paralelamente à discussão acerca da imunidade no plano internacional, menos de duas semanas após aprovação da Resolução no. 1422, em 23 e 24 de julho de 2002, o Congresso Nacional do EUA aprovou o Ato Suplementar (HR 4775), incluindo o Ato de Proteção aos Membros Americanos em Serviço foi aprovado por sem nenhuma alteração da emenda proposta pelo Senador Dodd. Em 2 de agosto de 2002, o Presidente George W. Bush assina o Ato Suplementar (HR 4775) tornando o Ato de Proteção uma lei infraconstitucional.

A partir da vigência dessa lei, alguns oficiais estadunidenses passam a alertar a administração no sentido de que ela será obrigada, por força do Ato, a reter ajuda militar aos que não assinarem o acordo de imunidades. Alguns Estados que pretendiam ingressar na OTAN se sentiram ameaçados por pensarem que a eventual não-assinatura desses acordos pode acarretar no fracasso de sua candidatura. Isso porque os membros da OTAN foram avisados pelos EUA no sentido de que sem tais acordos, os Estados Unidos poderiam vir a reavaliar sua relação com a organização.

Em 12 de agosto de 2002, Reeker reconhece que o Ato de Proteção não impede os Estados Unidos de propiciar assistência militar a qualquer Estado quando o Presidente determinar que tal assistência é importante para os seus interesses internos. Já em 20 de setembro, o Presidente Bush envia sua estratégia de segurança nacional ao Congresso dos EUA. Esta refere-se ao TPIP nos seguintes termos:

nós tomaremos as providências necessárias para assegurar que nossos esforços no sentido de honrar nossos compromissos de segurança global e proteger os americanos para que não sejam prejudicados pelas possíveis investigações,

inquéritos ou processos a serem efetuados pela Corte Penal Internacional (CPI), cuja jurisdição não se estende aos americanos e a qual não aceitamos. Iremos trabalhar com outras nações para evitar obstáculos a nossas operações militares e cooperações, através de mecanismos tais como acordos bilaterais e multilaterais que irão proteger o público americano da CPI. Iremos dar implementação plena à Lei de Proteção dos Servidores Americanos, cujas determinações têm como objetivo garantir e aperfeiçoar a proteção aos funcionários e dos representantes americanos.²³⁷

I.II- OS ACORDOS BILATERAIS DE IMUNIDADE: ADESÕES E OPOSIÇÕES

Para um melhor compreensão do teor do acordos bilaterais propostos pelos Estados Unidos face à possibilidade de entrega de seus nacionais à jurisdição da Corte do TPIP, reproduzimos o acordo padrão abaixo:

ACORDO BILATERAL PROPOSTO PELOS ESTADOS UNIDOS REFERENTE AO ARTIGO 98 DO ESTATUTO DE ROMA²³⁸

Julho de 2002

- A. Reafirmando a importância de levar à justiça aqueles que cometem genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra
- B. Recalling que o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional Permanente, criado em 17 de julho de 1998 pela Conferência Diplomática dos Plenipotenciários para o Estabelecimento do Tribunal Penal Internacional tem como intenção complementar e não suplantar a jurisdição penal nacional,
- C. Considerando que o Governo dos Estados Unidos da América expressou sua intenção em investigar e processar onde os atos apropriados (appropriate acts) á jurisdição do Tribunal Penal Internacional sob a alegação de terem sido cometidos por seus oficiais, empregados, militares ou outros nacionais,
- D. Tendo em vista/ mente o artigo 98 do Estatuto de Roma do TPIP,
- E. Acorda aqui da seguinte forma:

²³⁷ BUSH, George W., "A Estratégia de Segurança Nacional dos Estados Unidos da América", in *Política Externa*, vol. 11, no. 3, dez/jan/fev/, pp. 79-113, p. 112.

²³⁸ Acordo disponível no endereço eletrônico abaixo em 20 de setembro de 2004. (T. A.).
<http://www.iccnw.org/documents/otherissues/impunityart98/USArticle98Agreement1Aug02.pdf>

1. Para o propósito desse acordo, são chamadas de “pessoas” os oficiais do governo em serviço aposentados, os empregados (incluindo contratados), militares ou nacionais de um Estado-parte.
2. Cidadãos de um Estado-parte presentes no território de um outro Estado-parte, exceto consentimento expresso daquele Estado, não devem ser:
 - a) ser entregues ou transferidos de qualquer maneira ao Tribunal Penal Internacional para qualquer fim (propósito), ou
 - (b) ser entregues ou transferidos de qualquer maneira à outra entidade ou país terceiro, ou expedido a um terceiro Estado, para que seja então entregue ou transferido ao TPI,
3. Quando os Estados Unidos extraditarem, entregarem, ou transferirem um cidadão de um Estado-parte a um terceiro Estado, os Estados Unidos não concordarão com a entrega ou a transferência desse cidadão ao TPI pelo Estado terceiro, exceto com o expresso consentimento do governo X..
4. Quando o governo X extraditar, entregar ou transferir um cidadão dos Estados Unidos a um terceiro Estado, o governo X não concordará com o entrega ou transferência desse cidadão ao TPI por parte do terceiro Estado, exceto com o expresso consentimento do Governo dos Estados Unidos.
5. Este acordo deve entrar em vigor após uma notificação oficial confirmando que cada Estado-Parte completou os requisitos legais domésticos a fim de implementar este acordo. Permanecerá em vigor até um ano após a data em que um Estado-parte notificar o outro acerca da sua intenção de pôr termo ao acordo. As previsões desse acordo devem continuar a se aplicar com respeito a qualquer ato acorrente, ou qualquer alegação que surja, antes da efetiva data de seu término.

____//____

Até 1º de novembro de 2004, o Departamento de Estado dos Estados Unidos propôs mais de 90 acordos. A tabela abaixo refere-se a uma lista 82 países distribuídos por região. Diferenciamos os Estados-partes do TPIP daqueles que não são partes, grifando os primeiros. Além disso, só constam na lista os países que ou assinaram ou ratificaram acordos bilaterais ou assinaram acordos executivos de concessão de imunidade com os Estados Unidos. Vejamos a seguir:

ÁFRICA – 27 (17 Estados-Partes)	AMÉRICAS – 12 (7 Estados-Partes)	ÁSIA – 18 (5 Estados - partes)	OCEANIA – 8 (2 Estados- partes)	EUROPA/CIS – 11 (6 Estados- partes)	NORTE DA ÁFRICA E ORIENTE MÉDIO – 6 (Estados não- partes)
Botsuana +	Antígua e Barbados+	Afeganistão+	Ilhas Marshall	Albânia *	Bahrain
Burkina Faso	Belize	Bangladesh	Ilhas Salomão	Azerbaijão	Egito (não confirmado)
Chad	Bolívia	Butão *	Micronesia	Bósnia-Herzegovina *	Israel +
Congo-Brazzaville	Colômbia +	Brunei (não confirmado)	Nauru	Cazaquistão*	Kuait (não confirmado)
Djibouti	Dominica	Cambódia	Palau	Geórgia *	Marrocos (não confirmado)
Eritrea	El Salvador *	Cazaquistão *	Papa Nova Guiné	Quirguistão	Tunísia (não confirmado)
Gabão	Guiana *	Filipinas	Tuvalu	Macedônia,	
Gâmbia *	Haiti	Ilhas Fiji	Tonga	FYR *	
Gana *	Honduras *	Ilhas Maldivas		Romênia	
Guinea	Nicarágua *	Índia +		Tajiquistão *	
Ilhas Maurício	Panamá *	Laos		Turcomenistão	
Costa do Marfim	República Dominicana	Mongólia		Uzbequistão	
Libéria		Nepal			
Madagascar		Paquistão			
Malawi +					
Mauritânia *		Papa Nova Guiné			
Moçambique		Sri Lanka			
Nigéria +		Tailândia			
República da África Central		Timor Leste*			
República Democrática do Congo					
Ruanda					
Senegal					
Seychelles					
Serra Leoa *					
Togo					
Uganda +					
Zâmbia					

** indica ratificação dos acordos bilaterais*

+ indica a assinatura de acordos executivos

Ao todo, 18 Estados ratificaram o acordo, 37 Estados-partes assinaram o acordo, 11 assinaram acordos executivos. Enquanto mais de 80 Estados assinaram acordos de imunidades, apenas 25% desses acordos foram ratificados pelos governos ou assinados com força de acordo executivo.²³⁹ Além disso, 57 de 97 Estados-partes não assinaram o acordo, sendo que 45 se recusaram publicamente; 22 deles perderam auxílio militar dos Estados Unidos. Assim, mais de dois terços dos Estados-partes resistiram aos acordos bilaterais, apesar das inúmeras sanções econômicas impostas pelos Estados Unidos.

Vale ressaltar que, quando da primeira ratificação do acordo bilateral, realizada pela Romênia, em 1º de agosto de 2002, Philip T. Reeker, porta-voz da administração de Bush afirmou que a *“Romênia revelou ter entendido nossa posição (...) Nós não estamos tentando enfraquecer o TPIP ou minar a integridade das operações de paz no plano internacional”*.

Em 30 de setembro de 2002, o Conselho da União Européia concorda com o fato de que os acordos bilaterais propostos pelos EUA não se enquadram no artigo 98 do Estatuto de Roma e que, tal como são propostos, sua assinatura por parte dos Estados-partes do TPIP seria ilegal.

Em junho de 2003, antes de reconhecer a Resolução 1422 do Conselho de Segurança por um ano (Resolução no. 1487), o Secretário Geral da ONU, Kofi Annan e representante de quase 60 países se manifestaram publicamente contra a resolução e seu reconhecimento, argumentando que, de acordo com o Estatuto de Roma do TPIP e a Carta das Nações Unidas e com o direito internacional, ela é desnecessária, inapropriada e ilegal. A maior parte dos Estados explicitamente rejeitaram qualquer tentativa de

²³⁹ Juristas, *experts* em direito constitucional argumentam que acordos executivos são inconstitucionais e requerem a aprovação do Parlamento ou do Chefe do Poder Executivo e por isso não acordos válidos. (N. A.)

reconhecer automaticamente a Resolução no futuro. A Alemanha, França, Síria se abstiveram na votação e expressaram seu apoio e confiança ao trabalho do TPIP

Em 02 de julho de 2003, o governo dos Estados Unidos anunciou o corte imediato da ajuda militar a 35 países, entre os quais o Brasil e a Colômbia. Em nota oficial, o Ministério das Relações Exteriores brasileiro disse que a assinatura do acordo iria contrariar o Estatuto de Roma, ratificado pelo país e atentaria contra a igualdade jurídica dos países. *"Ademais, sob o prisma estritamente jurídico, por ser parte de tal estatuto, o Brasil não poderia afastar, pela via bilateral, obrigação contraída em âmbito multilateral"*, diz o comunicado, acrescentando que a assistência militar atualmente prestada pelos Estados Unidos ao Brasil não é significativa. No total, a suspensão afeta US\$ 47 milhões em financiamento militar externo e US\$ 613.000 em treinamento militar e educacional neste ano fiscal, que termina em setembro.²⁴⁰

No dia anterior, Bush emitiu “perdões” a 22 países por não terem assinado os acordos, mas dentre eles não estava a Colômbia, um dos maiores recebedores²⁴¹, nem Bulgária, Estônia, Letônia, Lituânia, Eslováquia e Eslovênia, países do Leste europeu.

Ademais, como podemos depreender da tabela acima, dos sete países convidados para entrar na OTAN, somente a Romênia assinou o acordo bilateral. Richard Dicker, diretor do programa de justiça internacional da Human Rights Watch, disse que a suspensão da ajuda funciona contra outros objetivos políticos do governo George Bush, como a interceptação de drogas no Caribe e a expansão da OTAN no Leste europeu.

²⁴⁰ “EUA corta ajuda a 35 países”, in *Folha de São Paulo*, 02 de julho de 2003.

²⁴¹ Para termos uma maior noção do que significa ser ‘um dos maiores recebedores’, na Colômbia, onde o governo está combatendo guerrilheiros de esquerda e traficantes de drogas, foram alocados cerca de US\$ 100 milhões em ajuda militar neste ano. O país já recebeu cerca de US\$ 5 milhões. in “EUA corta ajuda militar ao Brasil e à Colômbia”, in *Jornal do Brasil*, 02 de julho de 2003.

Em agosto de 2003, os EUA ameaçaram vetar a operação de paz na Libéria até assegurar imunidade de jurisdição aos funcionários de Estados não-partes não somente do TPIP, mas também de qualquer jurisdição estrangeira. Além de restringir a jurisdição do TPIP, a Resolução 1497 infringe os direitos dos Estados em processar aqueles que cometem atrocidades contra seus cidadãos.

Em 26 de agosto de 2003, os EUA se recusam a assinar uma resolução a fim de proteger equipes de apoio humanitário – até mesmo após o bombardeio em Bagdá que matou 22 funcionários da ONU- porque isso refere ao fato de que o TPIP explicitamente criminalizou ataques contra tais grupos de como crimes de guerra. Ao invés disso, a versão que foi aprovada (Resolução 1502) se refere indiretamente à “proibições existentes de acordo com o direito internacional.”

Já em outubro de 2003, trinta e dois aliados dos EUA perderam seu auxílio militar durante o ano de 2003 sob a Lei de Proteção dos Servidores Americanos porque o Presidente Bush se recusou a concedê-los renúncias de interesse nacional. Países afetados incluem Bulgária, Estônia, Letônia, Lituânia e Eslováquia, todos aqueles que enviaram tropas ao Iraque, assim como parceiros chaves na guerra contra o terrorismo o tráfico de drogas. O auxílio militar a ser retido no ano de 2004, de acordo com a mesma legislação deve somar US\$89,28 milhões adicionais.

A equipe do Subsecretário para o controle de armas e segurança internacional dos Estados Unidos, John Bolton, empenha seus esforços a fim de que um maior número de Estados venha a aderir a esses acordos. Apesar de sua expressa intenção em respeitar as decisões das nações que optarem por ratificar o TPIP, os EUA mantêm seus esforços no sentido de desencorajar os Estados a ratificarem o Estatuto de Roma e de participar da

construção do TPIP, incluindo a não concessão de auxílio militar e outras sanções autorizadas (mas não obrigatórias) pela Lei de Proteção dos Servidores Americanos.

I.III- ENTENDENDO A ESTRATÉGIA POLÍTICA ESTADUNIDENSE POR TRÁS DOS ACORDOS BILATERAIS

A breve análise do debate político-jurídico acerca do Tribunal Penal Internacional nos Estados Unidos nos permite tecer algumas considerações. Desde a idéia de sua criação, o TPIP aparece como tema constante da agenda política interna e externa dos Estados Unidos. Palavras como “constitucionalidade” e “soberania” estiveram em voga desde o início das discussões. Ao investigar acerca da constitucionalidade do TPIP, Ruth Wedgwood mostra que, durante a administração de Bill Clinton, ela foi, por um lado, insistentemente negada por senadores americanos quando questionados acerca da ratificação do Tratado. Por outro, o Departamento de Justiça concluiu que a Corte era compatível com a Constituição estadunidense. Para Wedgwood, o que se encontra por trás dessas interpretações divergentes é a diferença entre uma análise legal da Constituição e um julgamento político do que os cidadãos reconhecem enquanto constitucional. A autora que coloca que, apesar de não haver nenhum obstáculo constitucional que impedisse a participação dos Estados Unidos no TPIP, a preocupação americana centrou-se na possibilidade de servidores americanos serem submetidos a uma jurisdição estrangeira, como se isso não ocorresse normalmente quando, enquanto cidadãos estadunidenses, não se encontram em seu país. Nesse sentido, a autora afirma que

A administração de Clinton prestou relativamente pouca atenção na questão da constitucionalidade da Corte em si e, ao contrário, concentrou seu foco na possível jurisdição da Corte sobre os americanos. O Pentágono, a agência do governo que mais se valoriza e se beneficia do direito internacional humanitário, também guarda consigo as objeções mais veementes ao TPIP

porque os membros em serviço Estadunidenses são muito expostos à jurisdição estrangeira no que diz respeito ao direito de guerra.²⁴²

A participação da delegação estadunidense durante a Conferência de Roma é analisada de maneira jornalística por Lawrence Weschler.²⁴³ De acordo com seu relato, as idéias e posições dessa delegação giravam em torno de dois temas principais. O primeiro refere-se à concepção de vulnerabilidades políticas singulares que acompanhavam o papel militar dos Estados Unidos em assegurar estabilidade internacional. O segundo diz respeito a ao constante ceticismo acerca da integridade da corte, dos propósitos de seu mandato, e das intenções ‘últimas de sua composição. De acordo com Weschler, o procurador Kenneth Starr projetou uma nova imagem do TPIP aos Estados Unidos, incitando o receio de que uma corte independente pudesse adquirir sua própria agenda política, contrária aos interesses estadunidenses. Weschler relata ainda que essa delegação enganou e frustrou outras delegações nacionais porque muitos achavam que haviam feito modificações e suficientes para adaptar as demandas dos Estados Unidos e se preocuparam no sentido de que seus esforços para ganhar o apoio deles pudesse comprometer a integridade da corte.

O curioso é que apesar de todas as demandas propostas pela delegação estadunidense durante a elaboração do Estatuto na Conferência de Roma em fevereiro de 1998, o Ex-Presidente Bill Clinton (1997-2000) só veio assinar o Tratado um dia antes de dar lugar ao seu sucessor George W. Bush. Evidente que Clinton o fez para manter sua

²⁴²Tradução livre de “*the Clinton administration has paid relatively little attention to the question of the Court’s constitutionality per se and has focused instead on the Court’s possible jurisdiction over Americans. The Pentagon, the government agency that most values and benefits from international humanitarian law, also harbors the vehement objections to the ICC because U.S. service members are most exposed to foreign jurisdiction relating to the laws of war*”. WEDGWOOD, Ruth, “The Constitution and the ICC”, in SEWALL, Sarah B., KAYSEN, Carl (co-editors), *The United States and The International Criminal Court- National Security and International Law*, American Academy of Arts and Sciences, United States of America, Rowman & Littlefield Publishers, INC, pp. 119-136, p. 134.

²⁴³ WESCHLER, Lawrence, “Exceptional Cases in Rome: The United States and the Struggle for an ICC”, SEWALL, Sarah B., KAYSEN, Carl (co-editors), *op. cit.*, pp.85-114.

boa aparência no cenário das negociações sobre esse acordo internacional. Contudo, em nenhum momento, demonstrou ser a ratificação do Estatuto a verdadeira intenção da política estratégica estadunidense que, pelo contrário, considera o Tratado uma ameaça à soberania nacional.

A política estratégica foi retomada pelo Presidente Bush de forma até mais extremada. Não contente em não ratificar o Estatuto de Roma, a administração atual passou a atacá-lo de todos os lados. Além das inúmeras ameaças de veto às missões de paz da ONU caso os não fosse concedida, de antemão, imunidade de jurisdição estrangeira aos nacionais estadunidenses, os Estados Unidos passaram a propor acordos bilaterais aos Estados-partes e não-partes do Tratado, porém colaboradores do TPIP, a fim de garantir que seus nacionais não sejam entregues a jurisdição da Corte.

A despeito dos esforços de grande parte da comunidade internacional na efetivação do Tribunal Penal Internacional Permanente -visível através do crescente número de adesões ao Tratado e do apoio da Organização das Nações Unidas e de inúmeras organizações não-governamentais reunidas na coalizão de Ongs pró-TPIP- os Estados Unidos estão nadando contra a corrente e aparentam não perder o fôlego tão cedo, muito pelo contrário....

Todos esses acordos bilaterais e as inúmeras e conseqüentes sanções aplicadas aos países que não os assinam fazem parte de uma estratégia política estadunidense muito maior do que podemos imaginar. Em seu artigo "*A Ambição Imperial*", G. John Ikenberry, aponta uma nova macroestratégia estadunidense: a macroestratégia neo-imperial.

De acordo com o autor, duas macroestratégias complementares direcionaram a política externa estadunidense desde a década de 40: uma de orientação realista, abrangia a contenção da expansão da União Soviética, a coibição nuclear e a manutenção do equilíbrio global de poder durante o período da Guerra Fria; a outra de orientação liberal, engendrada durante a Segunda Guerra Mundial, buscava reconstruir a economia mundial através da criação de uma ordem em torno das relações políticas institucionalizadas entre democracias integradas, com o respaldo da abertura econômica.

Com a dissolução da União Soviética em 1991 e o conseqüente fim da Guerra Fria, chegou ao fim também o equilíbrio global de poder. Dessa maneira, durante a década de 90 os Estados Unidos investiram ainda mais na sua macroestratégia liberal:

vieram juntas a abertura comercial, a democracia e relações institucionais. Por trás dessa estratégia havia uma visão de que uma ordem internacional com base em regras, especialmente uma ordem em que os Estados Unidos se valem de seu peso político para criar as regras que lhes agradem, protegeria inteiramente os interesses norte-americanos, conservaria seu poder e ampliaria sua influência.²⁴⁴

Assim, tanto a administração de Bush (pai) quanto a de Clinton tentaram articular uma visão de mundo que não dependesse de uma ameaça externa ou de uma política explícita de equilíbrio de poder, baseada na expansão do regime democrático e na abertura de mercados. De acordo com Ikenberry, apesar do atual governo de Bush seguir a cartilha liberal, passou a evocar as idéias contidas nessa estratégia de maneira distinta, principalmente após o atentado de 11 de setembro de 2001. Segundo o autor, “*o representante do comércio norte-americano Robert Zoellick chegou até mesmo a associar a expansão comercial à luta contra o terrorismo: comércio, crescimento,*

²⁴⁴ IKENBERRY, G. John, “A Ambição Imperial”, in *Política Externa*, vol. 11, n.º. 3, dez/jan/fev- 2002-2003, pp. 22 - 38, p. 25.

integração e estabilidade política andam de mãos dadas".²⁴⁵ No mesmo sentido, aponta o depoimento do diretor de planejamento político do Departamento de Estado dos EUA, Richard Hass, segundo o qual: "*o principal objetivo da política externa norte-americana consiste em integrar outros países e organizações em acordos e composições que sustentarão um mundo consistente com os interesses e valores norte-americanos*".²⁴⁶

Para Ikenberry, discursos como esses revelam a natureza de uma nova macroestratégia, que além de se autodenominar "guerra contra o terrorismo", constitui uma visão mais ampla sobre a maneira como os Estados Unidos devem exercer o poder e estruturar a ordem mundial de maneira unipolar. Segundo Ikenberry, as idéias por trás dessa nova macroestratégia

defendem o uso da força pelos EUA, de forma unilateral e a título preventivo, facilitado, se possível por coalizões com aqueles que assim o desejarem, mas, em última análise sem nenhum tipo de cerceamento imposto por normas e regulamentações da comunidade internacional.²⁴⁷

O autor chama essa nova estratégia política de visão neo-imperial,

na qual os Estados Unidos arrogam-se o papel global de estabelecimento de padrões, definindo ameaças como tal, usando a força e fazendo justiça. Trata-se de uma visão em que a soberania torna-se mais absoluta para os Estados Unidos, ainda que em contrapartida, fique mais condicionada para os países que desafiam os padrões de comportamento interno e externo traçados por Washington. Uma visão que teria se tornado necessária -ao menos aos olhos de seus defensores- diante do novo e apocalíptico caráter das ameaças terroristas contemporâneas e pela dominância global sem precedentes exercida pelos Estados Unidos.²⁴⁸

Ao apresentar a nova macroestratégia estadunidense, Ikenberry elenca sete elementos que se entrelaçam. O primeiro deles consiste em um compromisso fundamental em manter um mundo unipolarizado em que os Estados Unidos não tenham nenhum concorrente à altura. Essa questão foi um ponto central da política de segurança

²⁴⁵ Idem, p. 25-26.

²⁴⁶ Idem, p. 26.

²⁴⁷ Ibidem, p. 22.

²⁴⁸ Ibidem.

estadunidense abordada pelo Presidente Bush em seu pronunciamento em West Point, Nova Iorque, em 1º de junho de 2002:

os Estados Unidos têm, e pretendem manter forças militares que não possam ser desafiadas- esvaziando de sentido, assim as corridas armamentistas desestabilizadoras de outras eras e, limitando as rivalidades ao comércio e outros propósitos de paz.²⁴⁹

O segundo refere-se à dramática maneira como os Estados Unidos analisam as ameaças globais e a forma pela qual estas ameaças devem ser combatidas. Sob o argumento de que pequenos grupos terroristas podem facilmente adquirir armas nucleares, químicas e biológicas altamente destrutivas e, conseqüentemente promover destruições em massa, o governo estadunidense acredita que a única solução é a eliminação desses grupos. Seguindo esse raciocínio, o terceiro elemento reflete a crença na impossibilidade de se coibir os grupos terroristas, e diz respeito à ofensiva a fim de se eliminar tais grupos. Para tal, o uso da força deve ser preventivo e até mesmo preventivo. Dessa maneira, dentre as mudanças que o Secretário de Defesa dos Estados Unidos, Donald Rumsfeld, anunciou a fim de transformar as Forças Armadas após o atentado de 11 de setembro, duas nos interessam em particular:

1) a defesa dos Estados Unidos exige prevenção e, por vezes, preempção. Não é possível nos defender contra todas as ameaças, em todos os lugares, em todos os momentos imagináveis. Para defender o país contra o terrorismo, e contra outras ameaças que venham a surgir, devemos levar a guerra até o inimigo. A melhor- e, em alguns casos, a única- defesa é o ataque.; 2) (...) não elimine nenhuma possibilidade, inclusive as forças terrestres. O inimigo deve entender que usaremos de todos os meios à nossa disposição para derrotá-lo, e que estamos prontos para fazer o sacrifício que for necessário para a vitória.²⁵⁰

No mesmo sentido, afirma o Presidente Bush que,

²⁴⁹ BUSH, George W. “A Estratégia de Segurança Nacional dos Estados Unidos da América”, in *Política Externa*, vol. 11, no. 3, dez/jan/fev, 2002/2003, pp. 79-113, p. 91.

²⁵⁰ RUMSFELD, Donald, “Transformando as Forças Armadas”, in *Política Externa*, vol. 11, no. 2, set/out/nov 2002, pp. 12-22, p. 21.

em face dos objetivos dos Estados meliantes e dos terroristas, os Estados Unidos não podem mais se limitar a uma postura apenas reativa, como ocorreu no passado. A impossibilidade de deter um agressor potencial, a proximidade das ameaças atuais e a magnitude de dano poderia ser causado pelas armas escolhidas por nossos adversários, não nos permitem essa opção. Não podemos permitir que nossos inimigos venham a desferir o primeiro golpe. (...) Temos de adaptar o conceito de ameaça iminente às capacidades e aos objetivos dos adversários de hoje. (...) Os Estados Unidos há muito defendem a alternativa das ações preventivas no combate ao que possa se constituir numa ameaça suficiente à nossa segurança nacional. (...) Para nos defendermos ou para evitarmos os ataques hostis dos nossos adversários, os Estados Unidos irão, se necessário agir de forma preventiva..²⁵¹

O quarto elemento dessa nova macroestratégia é a redefinição dos termos da soberania sob o argumento de que uma vez que os terroristas não respeitam as fronteiras territoriais, os Estados Unidos também poderão desrespeitá-las sempre que considerarem necessário. Sobre essa questão Bush coloca que os Estados Unidos não farão distinção de nenhuma espécie entre terroristas e aqueles países que conscientemente derem abrigo ou fornecerem ajuda a esses grupos. Nesse caso, esses países também renunciando a seus direitos de soberania. Hass chamou atenção para essa idéia no *The New Yorker*:

o que vemos neste governo é o surgimento de um novo princípio ou conjunto de idéias (...) sobre o que poderíamos chamar de limites de soberania. A soberania implica obrigações. Uma delas é não massacrar seu próprio povo. Uma outra obrigação é não apoiar o terrorismo sob nenhuma hipótese. Se um governo deixa de cumprir estas obrigações, renuncia a algumas das vantagens que normalmente se esperam da soberania, inclusive de tomar suas próprias decisões dentro do próprio território. Outros governos, inclusive os Estados Unidos, passam então a adquirir o direito de intervenção. No caso do terrorismo, isso pode levar até mesmo a um direito de autodefesa (...) preventiva. Em essência, você pode agir por antecipação se tiver motivos para pensar que é uma questão de quando, e não se, você será vítima de um atentado.

Para Ikenberry, a redefinição da soberania é paradoxal no sentido de que:

por um lado, a nova macroestratégia reitera a importância do Estados-nação territorial. Afinal, se todos os governos fossem responsáveis e capazes de garantir o cumprimento dos princípios do direito nos limites do território sobre o qual exercem a soberania, os terroristas encontrariam muitas dificuldades para agir. A doutrina emergente no governo Bush consagra a seguinte idéia: os governos serão responsabilizados pelo que ocorrer dentro de suas fronteiras. Por outro lado, a soberania acaba de ser transformada em um critério condicional: os governos que deixarem de agir como Estados respeitáveis e cumpridores da lei perderão sua soberania.²⁵²

²⁵¹ BUSH, George, W, *op. cit.*, pp. 93-94.

²⁵² IKENBERRY, *op. cit.*, p. 31.

Já o quinto elemento está diretamente relacionado às novas ameaças. Trata-se de uma depreciação geral das normas internacionais, tratados e parcerias de segurança de acordo com os interesses e valores postos em jogo. Ikenberry aponta duas visões acerca dessa depreciação das normas: a isolacionista segundo a qual os Estados Unidos não devem participar de uma ordem internacional organizada e regulada por normas e instituições multilaterais; e a visão mais influente de que os Estados Unidos não devem se afastar do mundo, mas sim atuar nele pelos seus próprios modos. A rejeição do governo Bush a uma série de tratados e instituições internacionais –desde o Protocolo de Kyoto até o Tribunal Penal Internacional Permanente- reflete essa última visão. “*Em outras palavras, os Estados Unidos decidiram que são grandes, poderosos e distantes o bastante para agirem sozinhos*”.²⁵³

O sexto elemento está intimamente ligado ao segundo e terceiro elementos no sentido de que os Estados Unidos terão de desempenhar um papel direto e irrestrito para responder às ameaças. Isso porque, para eles, nenhum outro país ou coalizão no mundo –nem mesmo a União Europeia – dispõe de força suficiente para reagir a ‘Estados malévolos’ e terroristas em todo o planeta. O Presidente Bush explica que, a fim de destruir as organizações terroristas,

os Estados Unidos irão se empenhar incessantemente para angariar apoio da comunidade internacional; no entanto, não hesitaremos em agir sozinhos, se necessário, para exercer nosso direito de autodefesa, agindo de forma preventiva contra esses terroristas, para evitar que eles causem danos a nosso povo e a nosso país.²⁵⁴

²⁵³ Ibidem, p. 31.

²⁵⁴ BUSH, George, W, *op. cit.*, p. 94.

Rumsfeld ressalva ainda que: *“a missão deve definir a coalizão; a coalizão não pode definir a missão. Se o fizer, a missão ficará reduzida ao menor denominador comum, e não podemos nos dar ao luxo de permitir que isso aconteça”*.²⁵⁵

O sétimo e último elemento apontado por Ikenberry reflete um pouco de cada um dos outros elementos: o fato de que a nova macroestratégia atribui pouco valor à estabilidade internacional.

Depois de apresentar os elementos da nova macroestratégia estadunidense, Ikenberry aponta seus riscos afirmando em primeiro lugar que essa visão neo-imperialista é insustentável. Para o autor,

o segredo do longo e brilhante desempenho dos Estados Unidos como um Estados que atua como líder mundial sempre foi sua capacidade e disposição de exercer o poder inserido em estruturas multinacionais e de alianças, tornando esse poder, bem como as medidas tomadas pelo país, mais aceitáveis aos olhos dos aliados e de outros Estados importantes em todo o mundo. Hoje, essa conquista está sendo colocada em risco pela nova linha de pensamento do governo norte-americano.²⁵⁶

Após o atentado de 11 de setembro, o governo Bush arrogou para si o poder e a legitimidade de enfrentar as ameaças representadas pelas armas de destruição em massa mundo afora, elevando este objetivo à prioridade máxima em sua agenda de segurança. Contudo, ao invés de participarem de acordos multilaterais de não-proliferação de armas, optaram pela efetivação de uma política unilateral através da qual são capazes de decidir sozinhos quais Estados ou grupos étnicos constituem ameaças e qual é a melhor maneira de lidar com eles. Contudo, Ikenberry acredita que essa política do uso unilateral da força não é suficiente para dar conta da não-proliferação de armas. Para tal seria necessário uma ação multilateral organizada a fim de garantir o cumprimento de sanções e a realização de inspeções.

²⁵⁵ RUMSFELD, Donald, *op. cit.*, p. 21.

²⁵⁶ *Ibidem*.

Além disso, é possível que uma intervenção militar preemptiva ou preventiva não seja vista com bons olhos por parte do Estado interdito, podendo resultar em reações adversas, não-calculadas pelos Estados Unidos. Invertendo a lógica da macroestratégia estadunidense —segundo a qual se terroristas não respeitam as fronteiras, os Estados Unidos também podem desrespeitá-las desde que seja de seu interesse— se os Estados Unidos podem agir preemptiva e preventivamente, os outros Estados também poderão. Os Estados Unidos justificou sua intervenção preemptiva no Iraque sob o argumento de que esperar a produção de provas e o aval da ONU seria esperar tempo demais face à urgente suspeita de existência de armas de destruição em massa e iminente perigo. Contudo, este seria também o único argumento válido que os Estados Unidos poderiam utilizar caso precisassem requerer aos demais países a restrição de atos de outros Estados.

Um terceiro problema da macroestratégia apontado por Ikenberry é resultante do primeiro: o fato de os Estados Unidos assumirem uma política neoimperial, primando pelo uso unilateral da força faz com que eles não consigam atingir a cooperação necessária para solucionar problemas práticos que residem no âmago de sua agenda de política externa. Tanto na luta contra o terrorismo, contra o crime organizado transnacional, quanto para a abertura de mercados, estabilização financeira, proteção ambiental, os Estados Unidos precisam da cooperação da comunidade internacional.

Os Estados Unidos podem ser uma potência militar unipolar, mas os poderes econômicos e políticos estão distribuídos pelo planeta de modo mais uniforme. Estados importantes podem não contar com grande força para impor restrições à política militar norte-americana, mas podem cobrar um bom preço dos EUA em outras áreas de atuação.²⁵⁷

²⁵⁷ Ibidem, p. 36.

Por fim, Ikenberry apresenta o maior problema da macroestratégia neo-imperial, que ele denomina de: *“o cerco de si mesmo”*. *“Quando o Estado mais poderoso do mundo lança seu peso por toda a parte livre de restrições impostas por regras ou por normas de legitimidade arrisca uma reação violenta”*.

II- O CASO DA ÍNDIA: UNE-SE AOS ESTADOS UNIDOS NA OPOSIÇÃO AO TPIP

Apesar de a Índia ter participado da Conferência dos Plenipotenciários em Roma, desde aquela ocasião, o governo indiano nem sequer assinou o Estatuto. E, de acordo com a situação descrita abaixo, nos parece que a Índia está longe de ratificá-lo.

Em 10 de junho de 2002, durante uma Conferência do Conselho de Segurança em Nova Iorque acerca da situação na Bósnia Herzegovina e do pedido estadunidense de concessão de imunidade de jurisdição estrangeira aos missionários de paz da ONU durante tais missões, o Embaixador Nambiar, Representante Permanente Extraordinário e Plenipotenciário da Índia junto às Nações Unidas, expressou sua concordância com a requisição estadunidense. Nesse sentido, declarou que os missionários de paz da ONU, que têm por função servir a causa da paz internacional freqüentemente em terras desconhecidas, devem continuar protegidos pela imunidade de jurisdição durante as missões. O Embaixador alegou que, pelo fato de operarem sob ordens estritas e regras de comprometimento estabelecidas pela ONU, sendo supervisionados pelo seu quartel general, pelo líder da missão em questão e sendo responsáveis por suas ações perante seus próprios governos, dificilmente viriam a cometer crimes de natureza grave:

somos desse ponto de vista. Em termos práticos, a possibilidade dos missionários de paz da ONU serem envolvidos em crimes que os levariam a

Sugeriu que o Conselho de Segurança assegurasse que as tropas de paz da ONU fossem escolhidas dentre os países de tradições democráticas enraizadas, onde o respeito pelo devido processo, pela ordem constitucional e pelo controle civil sobre as forças armadas e a transparência das instituições em funcionamento são visíveis. Dessa maneira, afirmou ainda que, na Índia, a maior democracia do mundo, cooperadora nas missões de paz da ONU, dotada de um Poder Judiciário independente,

nós consideramos difícil aceitar uma autoridade externa que propõe a colocar em julgamento as ações de nossas tropas. A parte da excepcional disciplina e comprometimento à causa da paz abraçada por eles, nós os vemos como responsáveis pelos seus comportamentos perante as autoridades hierárquicas do comando e perante as nossas próprias instituições, e não perante as instituições cuja jurisdição nós não reconhecemos. Não obstante a esse fato, nós entendemos o dilema que países que assinaram o Estatuto do TPIIP e tomaram para si certas obrigações específicas. Nós reconhecemos que eles são livres para submeterem seus nacionais, inclusive suas tropas, à jurisdição do TPIIP enquanto uma decisão nacional.²⁵⁹

No fim de sua declaração, o Embaixador indiano atenta para o fato de que a decisão do Conselho acerca dessa questão trará inúmeras consequências às operações de paz e aos próprios países cooperadores. Requer, por fim, que o Conselho

considere cuidadosamente as visões dos países de maiores tropas contribuintes que não são partes do TPIIP antes de tomar uma decisão. O Conselho não deve

²⁵⁸ Tradução livre de “We are of the view that. In practical terms, the possibility of UN peacekeepers being involved in crimes which would bring them within the purview of international tribunals such as the International Criminal Court is extremely remote” in “Statement by H.E. Mr. V.K. Nambiar Ambassador Extraordinary and Plenipotentiary Permanent Representative of India to the United Nations on The situation in Bosnia and Herzegovina in the Security Council, New York, 10 June, 2002. Permanent Mission of India to the United Nations” in <http://www.iccnw.org/documents/statements/governments/IndiaOpenSC10July02.pdf>, disponível em 20 de agosto de 2004, p. 2.

²⁵⁹ Tradução livre de “we find it difficult to accept an outside authority purporting to sit in judgment upon the actions of our troops. Quite apart from the exemplary discipline and commitment to the cause of peace displayed by them, we see them as answerable for their behaviour to authorities within the established hierarchy of command and to our own established institutions, not to institutions whose jurisdiction we do not recognize. Notwithstanding this, we understand the dilemma of the countries that have signed: the statute of the International Criminal Court and taken upon themselves certain specific obligations hereunder. We recognize that they are free to submit their nationals, including their troops, to the jurisdiction of the ICC as a national decision”. Idem, p. 2. (T.A.)

permitir que as operações de paz da ONU -uma importante ferramenta para a manutenção da paz internacional e da segurança em suas mãos- sejam minadas por suas próprias decisões.²⁶⁰

Seguindo esse raciocínio, em 26 de dezembro de 2002, a Índia assinou um acordo com os Estados Unidos a fim de não extraditarem seus nacionais a “*qualquer tribunal internacional sem o consentimento expresso do outro Estado*”. O documento foi assinado por uma iniciativa dos Estados Unidos e concedeu a eles um grande impulso para continuar sabotando a corte.

Em 10 de julho de 2002, a Índia foi o único país que apoiou com entusiasmo a resolução estadunidense a fim de isentar os servidores de missões de paz da jurisdição do TPIP durante um debate no Conselho de Segurança. Após a aprovação da resolução por parte do Conselho, o Porta-Voz do Ministério das Relações Exteriores afirmou que o único motivo para a Índia não ratificar o tratado do TPIP é o fato de que o país também se preocupava com seus servidores militares envolvidos em operações de paz.

Defensores dos direitos humanos, favoráveis ao TPIP na Índia, reagiram à postura assumida por seu país. Vahida Nainar, uma advogada indiana, engajada em esforços para garantir igualdade de gênero na composição dos cargos do TPIP durante os últimos 4 anos afirmou que:

o acordo revela uma drástica mudança na ênfase indiana em justiça, direitos humanos e devido processo legal na política global. É deplorável ver a Índia usando o uniforme imaginário de uma superpotência e se aliando aos interesses dos Estados Unidos.²⁶¹

²⁶⁰ Tradução livre de “*give careful consideration to the views of major troop contributing countries that are not party to the ICC before taking a decision. The Council should not allow UN peacekeeping operations an important tool for the maintenance of international peace and security in its hands to be undermined by its own decisions*”. Ibidem, p.3 (T.A.) .

²⁶¹ Tradução livre de “*The agreement marks an unprecedented shift away from India’s emphasis on justice, human rights and rule of law in global politics. It is deplorable to watch India wear the imaginary garb of a superpower and align itself with the US interests*”, in ICC-India: The Indian Campaign on International Criminal Court Press Statement, 3 January 2003. “*India Joins The United States in its War against the ICC*”. In www.iccnw/asian/india/publications2.pdf, disponível em 12 de setembro de 2004. (T. A.).

Maier De sai, Diretor Executivo do Centro Indiano de Direitos Humanos e Direito de Mumbai), afirmou que “a ratificação do Tratado do TPIP é uma forma de criar uma obrigação internacional para crimes cometidos por pessoas dentro país”.²⁶² Henri Tiphagne, Diretor Executivo da ONG People’s Watch– Tamilnadu, comentou que “a necessidade urgente de uma campanha pró-TPIP na Índia nasce da necessidade de se responsabilizar penalmente indivíduos que cometeram crimes, de se fazer justiça e de se ter acesso a um devido processo legal”.²⁶³

O recente movimento internacional por Justiça em Gujarat exigiu, em seu relatório interno, que a Índia ratificasse o Tratado de Roma e, simultaneamente, introduzisse suas normas no ordenamento jurídico interno. De acordo com Vadiha Naimar,

no contexto dos crimes de genocídio cometidos contra as minorias em Gujarat desde fevereiro deste ano, o acordo é um esforço a fim de evitar a aplicabilidade da jurisdição internacional aos crimes mais hediondos, um dos princípios fundamentais do direito internacional, sobre seus nacionais, particularmente sobre aqueles que se utilizam de influência política e do clientelismo.²⁶⁴

A organização não-governamental pró-TPIP na Índia (ICC-Índia) iniciou seus trabalhos há dois anos e recebe o crescente apoio de movimentos de direitos humanos indianos a fim de promover a ratificação do Estatuto de Roma. Entre os dias 15 e 16 de abril de 2003, a Ongs ICC-Índia e a *Women & Media Collective, Colombo*, um projeto da *Women’s Research & Action Group (WRAG)*, organizaram um *workshop* sobre o TPIP e

²⁶² Tradução livre de “*India’s ratification of the ICC Treaty is a way of creating an international obligation for criminal acts committed by persons within the country*”, in ICC-India: The Indian Campaign on International Criminal Court Press Statement, 3 January 2003. “*India Joins The United States in its War against the ICC*”. In www.iccnw/asian/india/publications2.pdf, disponível em 12 de setembro de 2004.

²⁶³ Tradução livre de “*The urgent need for a campaign on the ICC in India arises from the need for accountability, justice and rule of law*”. Idem. (T. A.).

²⁶⁴ Tradução livre de “*Seen in the context of the genocidal pogrom unleashed against the minorities in Gujarat since February this year, the agreement is an effort to avoid applicability of international jurisdiction for the most heinous crimes, one of the fundamental principles of customary international law, over its nationals, particularly those with political clout and patronage.*” Ibidem. (T.A.).

os direitos das mulheres em Mumbai. A atividade contava com a participação de ativistas de direitos humanos e de direitos das mulheres, além de advogados e para-legais.

Dentre os temas discutidos, Saumya Uma, representante da *ICC-India & Women's Research & Action Group* de Mumbai, tratou da responsabilidade indiana face ao TPIP, traçando a participação de seu país desde a Conferência de Roma até à época daquela reunião. Afirmou que houve mudança na política do governo com relação ao TPIP. Da abstenção do governo na votação do Estatuto de Roma e a conseqüente política de esperar para ver para uma política de oposição ao TPIP mais clara no último ano. Lamentou o fato do governo indiano ter realizado o acordo de imunidades com os Estados Unidos em segredo, sem qualquer discussão pública ou até mesmo publicização da informação “—um ato irônico na maior democracia e numa época em que a campanha pelo direito de informação tinha aumentado no interior do país.”²⁶⁵ Saumya afirmou que muito pouco foi escrito bem como é sabido sobre essa questão.

No que diz respeito aos crimes ocorridos em Gujarat no ano anterior, Saumya disse que a falta de vontade e a insensibilidade políticas, a má aplicação das leis nas áreas conturbadas e a ausência de um desempenho mais ativo por parte da Comissão Nacional de Direitos humanos obstaram a realização da justiça e contribuíram para a impunidade. Tendo em vista essa situação, o TPIP seria necessário para acabar com a impunidade e para servir de mecanismo padrão, a fim de motivar o governo a aperfeiçoar seus mecanismos legais no interior do país. Ainda sobre o caso de Gujarat, Vahida Nainar,

²⁶⁵ Tradução livre de “an ironic act in the largest democracy, and at a time when the campaign on the right to information has strengthened within the country” in *Report of a Workshop on International Criminal Court & Women's Rights ((Held on 15 – 16 April, 2003 at Mumbai, India)*, in <http://www.iccnw.org/conferencesmeetings/reportsdeclarations/asiaoceaniareports/2003/MumbaiIndiaRep ort16April03.pdf>, disponível em 29 de agosto de 2004, p. 4. (T. A.).

outra representante das Ongs *ICC-India & Women's Research & Action Group* de Mumbai, colocou que

o mito da Índia ser uma democracia forte foi quebrado. A Suprema Corte ainda não tomou uma atitude sobre o caso de Gujarat. [Dessa maneira] “o TPIP preenche as lacunas no âmbito nacional e internacional em situações em que a justiça às vítimas parece ser difícil ou impossível (...) Há uma necessidade de se focar mais na soberania do povo e discutir a questão da soberania sob esta óptica.”²⁶⁶

Vahida Nainar, também representante das Ongs *ICC-India & Women's Research & Action Group* de Mumbai, tratou da inserção de questões de gênero no Estatuto do TPIP, chamando atenção para uma série de previsões de crimes de violência de gênero, de regras de procedimentos e provas baseadas em questões de gênero, além de previsões a fim de facilitar a participação de mulheres no funcionamento do TPIP. Madhu Mehra, representante da ONG *Partners in Law and Development*, de Nova Déli e Raagini Rao, da ONG *Women's Rights Initiative, Lawyers' Collective* de Mumbai, discutiram a relevância dessas normas previstas no Estatuto do TPIP no que diz respeito à integração de gênero no sentido de impulsionar a elaboração de uma legislação nacional acerca do tema.

Ao fim desse *workshop*, Saumya atentou para o fato de que até aquele momento, o governo indiano ainda não sabia que já havia grupos trabalhando pela ratificação do TPIP na Índia, ressaltando a necessidade de se criar um diálogo com o governo, a fim de ter uma melhor noção de suas apreensões e poder lidar melhor com elas. Para tal, formularam uma série de estratégias da campanha pró-TPIP; dentre as quais citamos abaixo as que consideramos mais importantes: 1) conscientizar os grupos de direitos de

²⁶⁶ Tradução livre de “the myth of India being a strong democracy had been broken. The Supreme Court was yet to take an active step on the Gujarat issue. (...) the ICC fills in the gap at the national and international level in situations where justice to the victims seems unlikely or impossible. (...) there was a need to focus more on people's sovereignty and discuss the issue of sovereignty from this angle”. Idem, p. 6. (T. A.).

mulheres; 2) se conscientizar do nível de raiz sobre o uso do TPIP; 3) necessidade para ativistas de direitos das mulheres a fim de deixar de lado suas diferenças e trabalhar em solidariedade nessa questão; 4) explorar formas em que as normas do TPIP podem ser usadas para reformar a legislação nacional; 5) aproveitar a rede formada pela Carta Doméstica acerca da Violência para conscientizar os grupos de direitos das mulheres; 6) realizar campanhas de maior amplitude incluindo grupos trabalhando com direitos humanos; 7) fazer *lobbies* com não BJP parlamentares; 8) realizar esforços para adicionar a questão do TPIP nas universidades e centros de pesquisa, e adicionais questões de direitos humanos, justiça e responsabilidade no ensino escolar primário e secundário; 9) Integrar o TPIP nos trabalhos existentes e em programas de treinamento organizados por várias organizações de direitos humanos; 11) distribuir artigos em faculdades a fim de envolver os estudantes em campanhas pró- TPIP; 12) criar uma rede de participantes via e-mail e compartilhar programas futuros sobre o TPIP.

Mais de um ano mais tarde, em 3 de julho de 2004, a ICC-Índia e o Centro Indiano de Direitos Humanos e de Direito de Mumbai (Índia Centre for Human Rights and Law Mumbai) realizaram um segundo *workshop* sobre o TPIP e a Índia.

Ao iniciar a conferência, H. Suresh, juiz aposentado da Suprema Corte de Bombay, chamou atenção para o clima de impunidade presente na Índia e ressaltou a relevância do papel a ser exercido pelo TPIP no sentido de acabar com tal impunidade aos crimes internacionais de maior grau ofensivo. Citou os crimes ocorridos em Gujarat como exemplo do alto nível de impunidade no país. Sugeriu a criação de um Tribunal Penal Nacional dotado de poderes de investigação independentes. Declarou também que

o TPIP iria contribuir para fortalecer os jurídicos nacionais, uma vez que, primeiramente, é no sistema legal doméstico que a maioria dos casos seriam julgados.

Usha Ramanathan, uma jurista de Nova Déli tratou das responsabilidades do governo indiano face ao TPIP e apontou que apesar da Índia ter Estado envolvida na elaboração do projeto do Estatuto do TPIP desde antes da Conferência de Roma em 1998, sempre foi complacente de que o TPIP “não veria a luz do dia”. Quando os delegados indianos foram à Roma, ficaram chocados ao ver o apoio de inúmeros países ao TPIP e, depois, usaram uma série de argumentos não convincentes a fim de se desengajar do processo. O governo indiano estava profundamente preocupado com as previsões concernentes à jurisdição inerente, ao papel do Conselho de Segurança, o papel do Promotor, conflitos armados internos e a possibilidade de perseguições de motivação política. Ela disse que o governo continua a projetar o TPIP como uma violação da soberania indiana, mesmo que o TPIP lide com crimes hediondos, enquanto a Índia está entregando sua soberania no que concerne aos direitos trabalhistas, direito de propriedade intelectual e patentes e meio ambiente.

III- O CASO DO CHILE:

Aos dias 11 de setembro de 1998, o Ex-Presidente Frei assinou o Estatuto de Roma. Já no início do ano de 1999, o Ex-Presidente levou o Estatuto ao conhecimento do Congresso para um exame prévio. Desde então, a fim de motivar o governo chileno a ratificar o tratado o mais rápido possível, as Ongs no Chile iniciaram uma campanha

similar à campanha realizada pela coalizão de Ongs pró-TPIP no México, com o *slogan* “*Se o Congresso chileno não ratificar, os chilenos o farão*”.²⁶⁷

No início do ano de 2000, o Presidente Ricardo Lagos Escobar e o Ministro das Relações Exteriores reafirmaram seu apoio ao TPIP e declararam que um dos principais da política externa chilena seria, a partir daquela época, exercer um papel de liderança na proteção dos direitos humanos e na criação do TPIP.

Em julho de 2001, a ratificação do Estatuto do TPIP já havia sido aprovado pela Comissão Constitucional, Legislativa e de Justiça da Câmara dos Deputados. No mesmo ano, o Presidente da Suprema Corte de Justiça, o Ministro Herman Alvarez, expressou seu apoio ao TPIP durante uma visita oficial a Espanha. O Congresso chileno também sediou uma Conferência Parlamentar, na qual participantes expressaram seu apoio para o estabelecimento do TPIP.

Em 22 de janeiro de 2002, a Câmara dos Deputados aprovou o Estatuto do TPIP através de uma votação de 67 votos a favor e 37 contra. Importa ressaltar que, após a Câmara dos Deputados aprovar por maioria de votos a ratificação do Tratado do TPIP, em março de 2002, um grupo de 34 deputados questionou a constitucionalidade do Estatuto perante o Tribunal Constitucional chileno. De acordo com esses deputados, para que o Chile pudesse ratificar o Tratado, seria necessária a realização de algumas reformas na constituição, além da elaboração de uma legislação especial.

O requerimento de inconstitucionalidade foi acolhido, em definitivo, pelo Tribunal Constitucional por 5 votos a 1. Contudo, isso não significa que a discussão acerca do tema tenha acabado. Conforme assinalou José Antonio Vieira Gallo, a sentença do

²⁶⁷ Tradução livre de “*If the Chilean Congress doesn't ratify, the Chileans will do it*”, in <http://www.iccnw.org/countryinfo/theamericas/chile.html>, disponível em 29 de agosto de 2004.

Tribunal Constitucional suscitou inúmeras interrogações. De acordo com os votos favoráveis à inconstitucionalidade do Tratado, o Tribunal entendeu que a competência do TPIP seria substitutiva e não complementar à jurisdição nacional. Nesse sentido, a Constituição deveria contemplar uma norma explícita que permitisse à autoridade competente a delegação da soberania. Em segundo lugar, a sentença refere-se apenas ao plano interno, tendo escassas considerações acerca do direito internacional.

Por outro lado, de acordo com o único voto contrário a essa decisão, emitido pelo Ministro Libedinky, todas as normas acerca de tratados internacionais contempladas na Constituição chilena já são suficientes para a implementação do TPIP. O Ministro ressaltou que pelo fato de ser signatário da Convenção Interamericana de Direitos humanos, o Chile já está submetido a uma instância de jurisdição internacional que, apesar de não julgar indivíduos (como pretende o TPIP) (visto que somente estabelece responsabilização aos Estados) pode anular processos, ordenar a aplicação de determinadas leis e o estabelecimento de indenização por danos. Por essas razões, o Ministro Libedinky questiona:

é concebível que a Constituição, por um lado imponha a todos os órgãos do Estado o dever de respeitar e promover os direitos essenciais que emanam da natureza humana, e por outro lado ela mesma considere que mecanismos direcionados inequivocamente a cumprir esse mandato e a obter o respeito que ela exige- como é o caso do Tribunal Penal Internacional- sejam declarados inconstitucionais.²⁶⁸

Durante o 6º Comitê da 57ª Assembléia Geral da ONU, realizada em 14 de outubro de 2002, o Embaixador Juan Gabriel Valdes, representante permanente do Chile

²⁶⁸ Tradução livre de “¿Es concebible que la Constitución, por una parte, imponga a todos los órganos del Estado el deber de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, y por otro lado ella misma considere que mecanismos dirigidos inequivocamente a cumplir ese mandato y a obtener el respeto que ella exige -como es el caso de la Corte Penal Internacional- sean declarados inconstitucionales ?” in HEINE, Jorge, “¿Justicia para todos? Trascendencia del TPI e Impacto en Chile. Resumen Ejecutivo del Seminario Internacional. “Significado y Proyecciones del Tribunal Penal Internacional”, in [www.iccnw.org/theamericas/chiledoc.](http://www.iccnw.org/theamericas/chiledoc/), disponível em 30 de agosto de 2004.

nas Nações Unidas anunciou a intenção do governo em ratificar o Estatuto, afirmando que

o governo do Chile manifestou e reitera que a adoção do Estatuto de Roma constitui um passo muito importante para a plena estruturação jurídica da comunidade internacional, o que reflete uma evolução ética e moral da humanidade assentada na convicção de que a impunidade não deve existir.²⁶⁹

O Embaixador mencionou também que o Chile assinou o Estatuto de Roma e acompanhou os trabalhos da Comissão Preparatória em todas as suas instâncias, sobre a os princípios básicos da universalidade, complementaridade e autonomia e que, portanto,

é a política do governo do Chile continuar apoiando decididamente a Corte Penal Internacional o que se deve fazer para seu estabelecimento. Do mesmo modo é sua vontade ratificar este instrumento internacional, que se encontra hoje submetido ao debate em nosso Congresso Nacional. (...) Por nossa história, estamos comprometidos com esse nobre esforço e continuaremos trabalhando para isso no futuro. Reiteramos mais uma vez que é fundamental manter a integridade do Estatuto do Tribunal Penal Internacional. O mesmo foi adaptado com um valioso equilíbrio, de maneira que é absolutamente imprescindível cuidar desse balanço, para que o tribunal goze de suas necessárias eficácia e independência.²⁷⁰

Durante um seminário internacional intitulado *Justiça Para Todos? Transcendência del TPI y Impacto en Chile- Significado y Proyecciones del TPI*, promovido pelo Ministério das Relações Exteriores e pela Fundação Chile 21, em 4 de novembro de 2002, Teodoro Ribera destacou que a grande questão por trás da ratificação

²⁶⁹ Tradução livre de “El Gobierno de Chile ha manifestado y reitera que la adopción del Estatuto de Roma constituye un paso muy importante para la plena estructuración jurídica de la comunidad internacional, lo que refleja una evolución ética y moral de la humanidad asentada en la convicción de que la impunidad no debe existir”. in Quincuagésimo Séptimo Período de Sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Intervención del Embajador Señor Juan Gabriel Valdes, Representante Permanente de Chile ante las Naciones Unidas. Tema: 158: “Establecimiento de la Corte Penal Internacional”. Sexta Comisión, Nueva York, 14 de octubre de 2002, in www.iccnw/theamericas/chile/doc02.pdf, disponível em setembro de 2004.

²⁷⁰ Tradução livre de “Es la política del Gobierno de Chile continuar apoyando decididamente a la Corte Penal Internacional y el quehacer destinado a su establecimiento. Del mismo modo es su voluntad ratificar este instrumento internacional, que se encuentra hoy sometido a debate en nuestro Congreso Nacional.(...) Por nuestra historia estamos comprometidos en ese noble esfuerzo y continuaremos concurriendo en el futuro a esa labor. Reiteramos una vez más que es fundamental mantener la integridad del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Idem. (T. A.).

do TPIP por parte do Chile diz respeito ao artigo 50, I, da Constituição Política da República do Chile, que dispõe sobre a forma de incorporação do direito internacional ao direito interno. De acordo com esse dispositivo legal, compete ao Congresso Nacional a aprovação ou o veto dos tratados internacionais apresentados pelo Presidente da República. A aprovação dos tratados é submetida aos trâmites legais. As medidas adotadas pelo Presidente ou os acordos celebrados para o cumprimento de um tratado em vigor não requerem nova aprovação do Congresso, a menos que tratem de matérias próprias de lei. Além disso, no mesmo acordo de aprovação de um tratado, o Congresso poderá autorizar o Presidente da República a fim de que, durante a vigência daquele, dite as disposições com força de lei que julgue necessárias para o seu cumprimento.²⁷¹

Ribera aponta para o fato de que tal artigo tem sua origem na constituição chilena de 1828, na época em que os tratados internacionais se referiam basicamente a matérias vinculadas à guerra e à paz e que, atualmente, os tratados são verdadeiros estatutos internacionais que geram direitos e deveres aos Estados e aos seus cidadãos sobre as mais variadas matérias. Dessa maneira, ele se questiona se numa situação como a chilena, em que no mínimo um terço do que é aprovado no Congresso Nacional é referente a acordos internacionais, *“é lógico seguir incorporando o direito internacional como se fazia em*

²⁷¹ Tradução livre adaptada do Art. 50 da *Constitucion Política de la República de Chile, 1980*. Segue o artigo em sua íntegra: “Art. 50. Son atribuciones exclusivas del Congreso: Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley. Las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley. En el mismo acuerdo aprobatorio de un tratado, podrá el Congreso autorizar al Presidente de la República a fin de que, durante la vigencia de aquel, dicte las disposiciones con fuerza de ley que estime necesarias para su cabal cumplimiento, siendo en tal caso aplicable lo dispuesto en los incisos segundo y siguientes del artículo 61, y 2) Pronunciarse respecto del Estado de sitio, de acuerdo al número 2 del artículo 40 de esta Constitución.” In <http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/Chile/chile89.html>, disponível em 30 de agosto de 2004.

1828"? ²⁷² Para ele, o problema é que, apesar do governo ter criticado a sentença do Tribunal Constitucional contra o TPIP, não teve interesse em modificar o art. 50 de sua Carta Magna. Essa falta de interesse por parte do governo para alterar essa cláusula constitucional se deve ao fato de que ela é muito cômoda para o governo no sentido de que ao Presidente compete negociar os tratados no plano internacional. Contudo, não prevê que ele possa formular reservas que impeçam o Chile de ratificar os tratados após sua íntegra aprovação por parte do Congresso nem que ele possa retirar reservas feitas pelo Congresso a fim de modificar a vigência internacional da norma.

Ribera menciona que o processo de aprovação do TPIP atravessa dificuldades devido à sentença proferida pelo Tribunal Constitucional e ao entendimento jurisprudencial acerca da incorporação tratados internacionais. O fato é que se o Chile quiser se tornar parte do Estatuto de Roma do TPIP, terá de modificar sua Constituição, o que, em última instância, significa vontade política. Até os dias atuais, a coalizão do governo favorável ao TPIP não tem os votos necessários para isso no Congresso já que se requer quórum especial.

Ribera coloca três mecanismos a partir dos quais seria possível a ratificação do Tratado por parte do Chile. O primeiro deles, utilizado pela França e por Portugal trata da inclusão de um artigo declarando que todas as normas do Estatuto de Roma são compatíveis com a Constituição. Trata-se de um saneamento genérico do problema. O governo enviou um projeto desse tipo ao Congresso, porém pelos motivos acima aludidos, foi vetado pela bancada da oposição. Um segundo mecanismo constituiria em estabelecer uma norma explícita no texto constitucional a fim de autorizar a entrega da soberania em

²⁷²Tradução livre de "*¿es lógico seguir incorporando el derecho internacional como se hacía en 1828?*" Idem.

matéria jurisdicional. Esse mecanismo é mais complexo porque implica em uma norma permanente. O terceiro é o que recomendam alguns parlamentares que se opõem ao TPIP, tornando mais difícil a participação chilena na Corte. Trata-se da sugestão de modificar todos os artigos da Constituição que poderiam vir a ser afetados pelo Estatuto de Roma. A revisão da Constituição nesses termos configuraria um projeto de reforma constitucional bastante complexo e, provavelmente inviável. Todavia, há também uma outra possibilidade: uma declaração interpretativa utilizada pelo Governo do Uruguai²⁷³, uma vez que o Estatuto de Roma não permite reservas.

Até o presente momento, apesar da aprovação do Tratado do TPIP por parte da Câmara dos Deputados e do apoio expresso do Presidente da República e de seu Ministério das Relações Exteriores a sua ratificação, esta ainda depende da aprovação do Senado. Por fim, vale ressaltar que o Chile ainda não assinou o Acordo de Imunidades e Privilégios.

Tendo em vista o teor do debate político-jurídico realizado no Chile acerca do TPIP, explicitado de maneira breve neste tópico, podemos afirmar em linhas gerais que o processo de ratificação do TPIP enfrenta algumas dificuldades no plano político e jurídico interno, apesar de constar da agenda da política externa chilena como um tema de especial relevância.

²⁷³ O Uruguai não fez reservas porque o Estatuto do TPIP não permite, porém emitiu uma declaração interpretativa a fim de tranquilizar as possíveis apreensões de certos setores políticos, sobretudo com relação à vigência da Lei de Prescrição do Exercício da Ação Penal, ditada em paralelo à Lei da Anistia, que foi referendada no Uruguai através de um plebiscito. O Estatuto do TPIP não tem efeito retroativo, porém para evitar quaisquer dúvidas no plano interno, o Uruguai fez essa declaração. (N. A.)

CAPÍTULO VII- CONCLUSÃO

Ao concentrarmos nosso olhar no debate político-jurídico sobre a efetiva criação do Tribunal Penal Internacional Permanente, nosso objetivo específico consistiu em analisar a discussão acerca da ratificação deste tratado no Brasil em perspectiva comparada às discussões ocorrentes nos Estados Unidos, na Índia e no Chile. Dessa maneira, estabelecemos relações entre o debate presente no Brasil tendo como pano de fundo a discussão desta problemática no cenário internacional.

A fim de orientarmos melhor nossa análise a respeito da discussão interna e internacional realizada acerca do TPIP, nos pautamos por alguns questionamentos, cujas respostas traçamos ao longo de nossa investigação. Apresentamos a seguir questões pontuais, bem como as possíveis delineações de suas respostas, dentro de nossa perspectiva.

I –ALGUMAS RESPOSTAS ÀS QUESTÕES PROPOSTAS NO PROJETO DA PESQUISA

- 1) Onde o debate sobre a ratificação do TPIP se processa no Brasil? E nos outros países em análise? e 2) Quem participa desse debate?

Apesar do Tribunal Penal Internacional Permanente ser um tema que, a princípio, diz respeito direta ou indiretamente a todo e qualquer cidadão, o debate político-jurídico no Brasil acerca da ratificação desse Tratado não abrangeu audiências públicas, fóruns de discussão, assembléias e plebiscitos populares. Pelo contrário, tanto do ponto de vista político quanto jurídico, o debate se deu somente em alguns espaços públicos do cenário político brasileiro, e ainda assim de forma limitada pela quantidade e representatividade de seus participantes.

Esse debate ocorreu, principalmente, no âmbito do Congresso Nacional - particularmente em duas das Comissões Permanentes da Câmara dos Deputados (a de Relações Exteriores e Defesa Nacional e a de Direitos humanos)-, e do Poder Executivo -no Ministério da Justiça e das Relações Exteriores. A discussão mais especificamente jurídica sobre o processo de adaptação da legislação brasileira ao Estatuto do TPIP se deu no Grupo de Trabalho “Estatuto de Roma”, nomeado pelo Ex- Ministro da Justiça, José Gregori, em 2001 e durante os seminários sobre o tema.

Durante o período de 1998 a 2003, foram realizados apenas dois seminários específicos sobre o TPIP. O primeiro, em setembro de 1999, promovido pelo Centro de Estudos Avançados Multidisciplinares (CEAM) da Universidade de Brasília e pelo Centro de Estudos e Pesquisas por um Sistema Democrático de Governança Global (SISGLOBAL), e o segundo, em setembro de 2001, realizado pela Comissão de Direitos humanos da Câmara. Em março de 2004, ambas as Comissões Permanentes citadas acima realizaram a Conferência Ibero-Americana e de Países de Língua Portuguesa sobre a temática. Esses dados nos revelam que, num período de quase 6 anos (1998-2004), os seminários oficiais, específicos sobre o tema, foram raros. Não encontramos pronunciamentos oficiais de militares a respeito do tema, apesar do TPIP julgar crimes de guerra cometidos, em sua maioria, por militares.

A ausência de fóruns de discussão sobre o TPIP com e, em setores da sociedade civil organizada, tais como, organizações não governamentais de proteção aos direitos humanos, também ilustram a limitação desse debate.

Assim, o fato de a discussão ter ocorrido em apenas alguns espaços públicos fez com que ela não fosse nem pública, nem publicizada, como era de se esperar. Portanto, o

espaço, no qual aconteceu o debate, influenciou diretamente na limitação da representatividade de seus participantes: basicamente juristas e alguns deputados e senadores.

Diferentemente do caso brasileiro, a breve análise das discussões sobre o TPIP nos Estados Unidos da América revela que o tema foi alvo de grande debate e viva controvérsia. Tal discussão envolveu desde grandes organizações não-governamentais norte-americanas protetoras dos direitos humanos no plano internacional, tais como a *Human Rights Watch* e *International Amnesty*, até o Congresso Nacional e os Minsitérios da Defesa e das Relações Exteriores, além de representantes do Poder Judiciário, e intelectuais da academia Estado-unidense.

Por outro lado, as referências bibliográficas acerca da discussão sobre a ratificação do TPIP na Índia e no Chile são escassas, o que nos permite apontar que tal discussão se assemelhou à ocorrida no Brasil em termos abrangência. Em ambos os países, observamos que o debate acerca do Tratado não mobilizou tanto os diversos setores sócio-políticos como nos Estados Unidos.

No caso da Índia, o TPIP foi tema de discussão em duas conferências realizadas por organizações não-governamentais internacionais defensoras dos direitos da mulher, em Mumbai. No mais, essa discussão se restringiu ao âmbito da política externa indiana.

No caso do Chile, o cenário do debate restringiu-se ao Congresso Nacional, em especial à Câmara dos Deputados e, aos Ministérios das Relações Exteriores e da Defesa. Importa ressaltar também a participação dos dois Presidentes chilenos nessas discussões, entre 1998 e 2004, Eduardo Frei e Ricardo Lagos respectivamente.

**3)Quais as posições que se confrontam no debate interno e internacional?
4)Quem as sustenta? e 5)Com base em que tipos de argumentos elas são sustentadas?**

No Brasil, a grande maioria dos argumentos que permeiam o debate acerca do TPIP são, salvo raríssimas exceções, favoráveis à ratificação do governo brasileiro ao Estatuto do TPIP. Vejamos alguns deles:

De acordo com Tarciso Jardim, coordenador do Grupo de Trabalho “Estatuto de Roma” do Ministério da Justiça,

o Tribunal Penal Internacional é um produto do esforço conjunto e democrático dos Estados, das Organizações Internacionais e das Ongs. Portanto, é único, não possui paralelo histórico, significando a primeira jurisdição internacional permanente de caráter penal, que de forma não seletiva e desvinculada de uma guerra específica procura por fim a era de atrocidades que presenciamos. Como o próprio preâmbulo do Estatuto menciona: "atrocidades que desafiam a imaginação e comovem profundamente a consciência da humanidade. (...) A nossa Constituição Federal é perfeitamente adequada ao Estatuto do TPI, em especial pela abertura do §2º, do Art. 5º, mas sobretudo pela principiologia que a rege e orienta toda a sua estrutura segundo a dignidade humana, paz, direitos humanos e direitos fundamentais. O TPI é uma necessidade, e não sobreposição. É a respiração de uma Constituição como a nossa, pois o TPI só atuará se ela for ultrajada. Aliás, pode significar a respiração das pessoas que aqui vivem e sobrevivem, e não das autoridades e poderosos que aqui são facínoras.²⁷⁴

Em fevereiro de 2000, José Gregori, Ex-Ministro da Justiça, quando era Secretário de Direitos humanos, também comenta a importância do TPIP:

na verdade, está sendo criada a Justiça Mundial. Agora, os ditadores, antes de irem para a ditadura, contarão até dez ou, depois de serem ditadores, pelo menos não vão querer mais viajar. É um fato novo, um recado moral - disse José Gregori, numa referência ao caso de Pinochet, que viajou para a Inglaterra, onde foi preso a pedido da Justiça da Espanha.²⁷⁵

Após a assinatura do Estatuto de Roma por parte do governo brasileiro, o ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso proferiu um discurso sobre direitos humanos e o

²⁷⁴ JARDIM, Tarciso Dal Maso, in “*Tribunal Penal Internacional: Universalização da Cidadania. Anais do Seminário “Tribunal Penal Internacional”*”, promovido pelo Centro de Estudos Avançados Multidisciplinares na Universidade de Brasília em setembro de 1999, Centro de Documentação e Informação. Coordenação de Publicações. Brasília, 2000, p. 31-32.

²⁷⁵ “O Brasil integra o TPI” in *Jornal do Brasil*, 04 de fevereiro de 2000.

Tribunal de Roma na Formatura dos alunos do Instituto Rio Branco, em 10 de outubro de 2001:

também devemos saber, ao mesmo tempo, valorizar os mecanismos de proteção internacional dos direitos humanos. O ato simples de assinatura do convênio que mandamos ao Congresso Nacional, do Tribunal Penal Internacional, faz parte disso. (...) O arbítrio não pode ter abrigo entre nós. O arbítrio, às vezes, requer uma penalização que vá além do limite da fronteira nacional. Pode ser controvertido, mas foi a nossa posição. Nós a assumimos com força esta posição em Roma porque há crimes que são crimes contra a Humanidade. Se não há um tribunal, existe o arbítrio também na penalização, existe a discriminação, que não é aceitável. Não é aceitável que uma nação julgue o crime praticado por outra pessoa numa outra nação. O que é aceitável é que certos tipos de crime sejam realmente julgados por mecanismos internacionais que dêem a legitimidade para que se possam coibir as violações dos direitos humanos. Há, portanto, uma agenda que é bastante ampla. Essa agenda começa com a reafirmação da democracia, uma prática concreta de apoio às instituições democráticas, jurídicas, que tem validade internacional para coibir a transgressão que se faça em nome do que seja, mas vai além disso. Nós precisamos estar mais firmes também na construção de uma nova ordem e – repito o óbvio, mas o óbvio tem que ser repetido – sem as assimetrias no comércio internacional e nas finanças. A posição do Brasil nessa matéria tem sido, sempre, muito firme e consolidada.

Em outro discurso proferido na Assembléia da França aos 31 dias de outubro de 2001, o Ex-presidente Fernando Henrique Cardoso afirma que

o Brasil está concluindo os procedimentos necessários à ratificação do Estatuto do Tribunal Penal Internacional. São instrumentos como o TPI que revigoram nossa confiança na cooperação entre os Estados. E até nos fazem acreditar na possibilidade de um novo contrato internacional. Um contrato que atenda à segurança dos Estados e também promova o desenvolvimento sustentável, a democracia e os direitos humanos. Um contrato que atualiza a utopia da fraternidade entre os povos, que tanto mobilizou esta Assembléia em seus primeiros dias. Um contrato que dissemine uma nova ética. (...) Sabemos que o interesse geral pode reclamar restrições à soberania estatal, mas a soberania popular não prospera sem presença ainda maior dos Estados nacionais. O pluralismo cultural também requer que as sociedades organizadas em Estados ativos radicalmente democráticos, que respeitem o sentimento e autonomia dos povos. Por salutar que seja a intervenção direta de novos atores no debate internacional, as possibilidades reais de mudanças passam pela mediação dos Estados. (...) Lutemos por uma nova ordem mundial que reflita um contrato entre nações realmente livres, e não apenas o predomínio de uns Estados sobre outros, de uns mercados sobre outros.²⁷⁶

Já em discurso proferido na Universidade de Moscou, na Rússia “*O mundo carece de mecanismos de governança que adequem as exigências do mercado as necessidades*

²⁷⁶ “Íntegra do Discurso de FHC na Assembléia da França” in *Folha de São Paulo*, 31/10/2001.

das comunidades nacionais”, no início de 2001, Fernando Henrique Cardoso propõe ao governo russo “*que saibamos cooperar, Rússia e Brasil, para que instrumentos como o Tribunal Penal Internacional logo entrem em operação, inibindo a barbárie, o genocídio, a abominável prática de limpezas étnicas*”, visto que a Rússia ainda não ratificou o Tratado do TPIP e não demonstra querer aderir-lo.

O exame das posições no Brasil revela que o debate sobre o TPIP vem se restringindo a seus aspectos jurídico-formais. Ademais, o debate se revela incipiente por uma série de outras questões. Por exemplo, o discutível papel do Conselho de Segurança da ONU face ao TPIP, questão amplamente debatida em outros países -como Alemanha, França e Estados Unidos- não chega a ser sequer mencionado nos discursos e entrevistas sobre o TPIP no Brasil. No mesmo sentido, a concepção retributiva da pena, na qual se funda o caráter punitivo do TPIP, também não é alvo de críticas apesar da abordagem de proteção aos direitos humanos ser diversa em nosso país.

As questões mais delicadas aparecem apenas nas entrelinhas, como na alegação de que diferenças entre as normas de seu estatuto e algumas disposições na Constituição brasileira não são importantes porque o TPIP só agiria em caso de julgamento feito pelo Estado-parte se revelar falho ou injusto. Ora, confirmar ou reformar uma decisão judicial é uma das prerrogativas mais importantes e mais cedo apropriadas pelos Estados nacionais, que a exerce através de sua mais elevada corte.

O comentário acima nos conduz à problemática de fundo suscitada pela proposta do TPIP: a questão da soberania. Contudo, pelo fato dos juristas e agentes políticos brasileiros atribuírem à soberania estatal um caráter relativo, principalmente no que diz

respeito ao campo de proteção e garantia dos direitos humanos no plano interno e externo, supprime-se toda a polêmica envolvida nessa questão.

A posição assumida pelos Estados Unidos é, nesse sentido, bastante distinta da brasileira. Para o governo Estado-unidense, participar do TPIP e possibilitar que seus nacionais sejam julgados por essa corte significa abdicar de sua soberania jurídico-política; abdicar essa, inviável para quem parte de uma concepção de soberania absoluta nas suas relações com outros Estados e organizações multilaterais.

Dessa maneira, a não ratificação do Estatuto de Roma por parte dos EUA e sua constante oposição à Corte fazem parte de uma política de Estado que coaduna os anseios de suas políticas interna e externa. Dito de outra forma, as simultâneas não adesão e a forte oposição dos EUA ao TPIP se traduzem respectivamente, no plano interno, na aprovação da Lei de Proteção aos Servidores Americanos e, no plano externo, na propositura de uma série de acordos bilaterais de imunidade de jurisdição aos seus nacionais.

Através desses acordos bilaterais -que na maioria dos casos implicam em sanções econômicas para os Estados que não os assinam- os Estados Unidos pretendem minar o funcionamento do TPIP, ameaçando inclusive comprometer a eficácia de sua jurisdição. Assim, os Estados Unidos se valem de sua posição enquanto membro permanente do Conselho de Segurança da ONU para assumir uma postura diferenciada nas negociações sobre o TPIP: não lhes interessa ser parte legitimamente passiva nos processos, mas interessa poder denunciar casos à Corte através do Conselho.

Apesar dos esforços da sociedade civil organizada estadunidenses serem grandes no sentido de promover a proteção dos direitos humanos no plano internacional através

da ratificação do Tratado do TPIP e mobilizarem parte considerável da opinião pública, os Estados Unidos dificilmente deixarão sua posição de ataque ao TPIP.

No caso da Índia, apesar do debate não ter sido nem tão amplo nem tão denso quanto nos Estados Unidos, observamos também uma divergência de opiniões no tocante à ratificação do TPIP. Por um lado, as organizações não-governamentais internacionais defensoras dos direitos das mulheres na Índia apoiaram a iniciativa de criação do TPIP através da coalizão de Ongs pró-TPIP neste Estado e, até os dias atuais, mantém seus esforços nessa direção. Por outro lado, o governo indiano se uniu à postura estadunidense ao recusar aderir ao TPIP e assinar o acordo bilateral de imunidade recíproca com os EUA.

No Chile, apesar da extensão do debate ser semelhante a ocorrida no Brasil, constatamos uma importante divergência de opiniões. Por um lado, a política externa chilena se revelou totalmente favorável à ratificação do Tratado do TPIP como podemos observar através da assinatura do Acordo por parte do Ex-Presidente Chileno Don Eduardo Frei Ruiz-Tagle, momento no qual afirmou que

desta maneira, nossos esforços em favor da Corte Penal Internacional não têm outro objetivo senão restabelecer o Império do Direito, cumprindo a dupla função de globalizar a justiça, mas evitar um caos potencial para que os crimes que afetam toda a humanidade e não reconhecem fronteiras sejam julgados por um tribunal sem fronteiras, ratificado pelos Estados.²⁷⁷

Por outro lado, apesar do Estatuto de Roma ter sido aprovado por maioria de votos (67 contra 37) na Câmara dos Deputados, o pedido de declaração de sua inconstitucionalidade à Corte Constitucional chilena por parte de 34 dos deputados contrários ao TPIP revela a forte oposição que a ratificação do

²⁷⁷ Tradução livre de “*de esta manera, nuestros esfuerzos a favor de la Corte Penal Internacional no tienen otro objetivo sino restablecer el Império del Derecho, cumpliendo la doble función de globalizar la justicia, pero evitando un caos potencial para que, los crimes que afectan a toda la humanidad y no reconocen fronteras sean juzgados por un tribunal sin fronteras, ratificado por los Estados*”. Citado no discurso do Embaixador chileno Sr. Juan Antonio Martabit Scaff, in “*Tribunal Penal Internacional: Universalização da Cidadania. Anais do Seminário “Tribunal Penal Internacional”*”, promovido pelo Centro de Estudos Avançados Multidisciplinares na Universidade de Brasília em setembro de 1999, Centro de Documentação e Informação. Coordenação de Publicações. Brasília, 2000, p. 36.

Tratado encontra no interior do cenário parlamentar. A declaração de inconstitucionalidade do Estatuto de proferida por essa Corte vem a reafirmar tal oposição, que passa a abranger outros agentes políticos.

No momento, a ratificação do Tratado do TPIP por parte do Chile depende de sua aprovação por parte do Senado Federal, de acordo com os trâmites legais a serem seguidos a fim de se incorporar um tratado internacional à legislação nacional. Dessa maneira, apesar da política externa chilena ser favorável à adesão ao Estatuto de Roma, essa encontra óbices no plano interno.

II- AS HIPÓTESES DO PROJETO DA PESQUISA

Nosso projeto inicial de pesquisa abarcava três hipóteses. A primeira e central em nosso trabalho é a de que os alinhamentos que a proposta de criação do TIP provoca desrespeitam sistematicamente as fronteiras clássicas que separam os campos da esquerda e da direita. E não apenas no Brasil.

Tal hipótese foi formulada a partir da leitura de um artigo de Boaventura de Souza Santos sobre o debate político em Portugal acerca da ratificação do TPIP, que nos fornece uma clara visão deste fato.

Segundo o sociólogo português, o debate político é bastante regulado em relação às posições de direita e de esquerda que o legitimam. Geralmente, as questões que não se enquadram em nenhuma dessas posições são tratadas com desprezo e consideradas irrelevantes do ponto de vista político. Contudo, a criação do Tribunal Penal Internacional Permanente foge a essa regra. De fato, a discussão sobre o TPIP não se enquadra nesse dualismo direita e esquerda e as opiniões sobre o TPIP perpassam tanto a esquerda como a direita, criando convergências e divergências surpreendentes. Isto

porque ao construírem suas identidades tomando por base o Estado e à sociedade nacionais, tanto a esquerda quanto a direita encontram dificuldade em aceitar uma instituição que se pretende transnacional, interferindo assim na soberania estatal. A partir da análise da discussão sobre a ratificação do TPIP no Brasil, em comparação com a ocorrida nos Estados Unidos, na Índia e no Chile, pudemos comprovar essa hipótese.

De acordo com nossa segunda hipótese, formulada a partir da tipologia criada por Boaventura de Souza Santos para explicar a discussão sobre mo TPIP em Portugal, esperávamos encontrar quatro vertentes no caso brasileiro, a saber:

- 1) A direita contra o TPIP que vê neste instrumento de jurisdição global uma agressão anti-nacionalista e na prisão perpétua uma inconstitucionalidade tendo em vista sua expressa proibição do direito interno brasileiro e pensa que com a integração a este Tratado, estará perdendo poder interno.
- 2) A direita a favor do TPIP que se orienta pela idéia de que o processo de reconstrução e consolidação da democracia interna do país deve se pautar pela integração internacional econômica, política e cultural, e não se configura como ameaça à soberania.
- 3) A esquerda contra o TPIP que o coloca como um atentado à soberania nacional e pensa a prisão perpétua como um possível meio para que a tentação autoritária que ainda se encontra arraigada em certos setores da sociedade brasileira venha a contrabandear no futuro outras exceções aos direitos, liberdades e garantias.
- 4) A esquerda que se mantém a favor da ratificação ao Tratado, apesar de se manifestar contra a previsão da pena de prisão perpétua, e vê no TPIP a

possibilidade de participar numa luta nacional e internacional de proteção aos direitos da pessoa humana e de prevenção contra os regimes totalitários.

Contudo, dada a ausência de opiniões divergentes acerca da adesão do Brasil ao Tratado, não conseguimos comprovar essa hipótese.

Dessa forma, a nitidez no desenho dessas vertentes, que tendem a variar de acordo com a maior ou menor amplitude -- e, por consequência, o grau de politização -- adquirido pelo debate realizado, como sendo nossa terceira hipótese, torna-se questionável, devido à limitação tanto da qualidade da discussão quanto da representatividade de seus participantes.

Constatamos que a adesão ao Tratado do TPIP surgiu como uma realização da política externa brasileira, que desde o fim da década de 80 vem dando maior ênfase à da proteção dos direitos humanos, enquanto tema constante da agenda política internacional.²⁷⁸ Prova disso é o fato de que a diplomacia e os representantes políticos brasileiros não só se empenharam pela ratificação do Tratado do TPIP durante o segundo governo do Ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso (1998-2002), mas o continuam fazendo durante o governo do Presidente Luis Inácio Lula da Silva(2003-...).

Como exemplo dessa convergência de opinião acerca do TPIP, citamos o discurso do Presidente Lula ao abrir a Conferência Ibero-americana e dos Países de Língua Portuguesa sobre o Tribunal Penal Internacional, ocorrido este ano em Brasília:

felicito os participantes deste importante acontecimento que reúne parlamentares, funcionários de governo, acadêmicos, organizações e entidades da qualidade alta, assim como funcionários do Tribunal Penal Internacional (...) Os temas endereçados no acontecimento são fundamentais para a defesa

²⁷⁸ Em seu texto, "Opções Estratégicas. Sobre o Papel do Brasil no Sistema Internacional em Transição", Sebastião Velasco atenta para um discurso do Ex-Secretário Geral do MRE, Paulo de Tarso Flecha de Lima, na Faculdade de Direito da UFMG, em março de 1990, no qual ele enfatiza os novos temas da agenda internacional, dentre eles, o tema dos direitos humanos. CRUZ, Sebastião Velasco, in *Lua Nova* ed. 39, 2001, p. 9.

da democracia e da justiça mundo afora. A responsabilidade e o compromisso da comunidade da ibero-americana devem ser reafirmados por decisões e propostas que emergem desta Conferência. Neste sentido, eu desejo transmitir a todos os presentes o compromisso do governo brasileiro em assegurar a complementaridade da legislação Brasileira às regras de Estatuto de Roma e de apoiar o Tribunal Penal Internacional. Sou grato pelo convite, que devido a compromissos prévios, fui obrigado a declinar. Cumprimento todos os organizadores e participantes que – como o Brasil – procuram o caminho da paz e da justiça a fim de resolver conflitos.²⁷⁹

Constatamos que a política de construção de uma instituição de caráter supranacional faz parte da política externa. Trata-se de um papel ativo, construído por parte da diplomacia brasileira que faz com que o debate nacional venha com esse viés. A ratificação do tratado apresenta-se, portanto como uma política de Estado que, sem forte oposição interna, dissolve a possibilidade do debate.

Acreditamos, portanto, que, somente a partir de uma ampliação e intensificação do debate acerca do TPIP é que vamos ter condições de observar algumas posições divergentes das que compõem o cenário atual dessa discussão, apresentado até aqui. Consideramos que, somente a participação e o envolvimento ativo de um maior número de personagens, de diferentes áreas do conhecimento será capaz de contribuir para uma reflexão mais aprofundada acerca da temática, que por mais internacional que se pretenda, diz respeito a cada indivíduo em particular.

²⁷⁹ Tradução livre de *"I congratulate the participants of this important event that gathers parliamentarians, government officials, academics, organizations and entities of the highest quality, as well as officials of the International Criminal Court. (...) The themes addressed at the event are fundamental for the defense of democracy and justice throughout the world. The responsibility and the commitment of the Iberoamerican community should be reaffirmed through decisions and proposals that emerge from this Conference. In this respect, I wish to convey to all those present the Brazilian government's commitment to ensure the complementarity of the Brazilian legislation to the rules of the Rome Statute and to bolster the International Criminal Court. I am grateful for the invitation, which due to previous engagements I was obliged to decline. I salute all the organizers and participants who – as Brazil – seek the path of peace and justice to resolve conflicts"* Discurso proferido pelo Presidente Lula na abertura da Conferência Ibero-americana e dos Países de Língua Portuguesa sobre o Tribunal Penal Internacional, ocorrido em Brasília-DF em 25 de março de 2004. Discurso disponível in www.camara.gov.br/noticias

III- TENDÊNCIAS E EXPECTATIVAS EM TORNO DO TPIP: A QUESTÃO DE SUA LEGITIMIDADE NA ORDEM INTERNACIONAL

O Tribunal Penal Internacional Permanente consiste em um projeto político que pretende “civilizar” a ordem internacional através do fortalecimento dos direitos humanos. Tal argumento pode ser encontrado na declaração de um de seus maiores defensores, o Secretário Geral da ONU, Kofi Annan:

na possibilidade de um tribunal penal internacional está a promessa da justiça universal. Esta é a simples e contínua esperança desta visão... [virá] assegurar que nenhum dirigente, nenhum Estado, nenhuma junta, nenhum exército em qualquer lugar possam violar os direitos humanos e permanecerem impunes. Só então os inocentes de guerras e conflitos distantes saberão que eles, poderão dormir sob o auspício da justiça; que eles têm direitos, e que aqueles que transgridem esses direitos serão punidos.¹

Em seu artigo *“Promoting Global Justice? The International Criminal Court”*, Antonio Franceschet questiona: *“A reivindicação de grande parte da comunidade internacional em criar e apoiar o Tribunal Penal Internacional é simplesmente o desejo de se criar uma instituição onde coexistem condições político-sócio-econômicas que essencialmente transgridem direitos básicos?”*² Ao nosso ver, o grande desafio da comunidade internacional é justamente criar mecanismos a fim de, no mínimo, amenizar tais condições que agredem os direitos humanos

Conforme a declaração de Kofi Annan aponta, a proposta do TPIP se justifica através de um discurso sobre a necessidade de se promover a justiça no âmbito global.

Contudo, apesar de necessárias, respostas estritamente jurídicas não são capazes de gerir

¹ Tradução livre. “The prospect of an international criminal court lies the promise of universal justice. That is the simple and soaring hope of this vision... [It will] ensure that no ruler, no State, no junta, no army anywhere can abuse human rights with impunity. Only then will innocents of distant wars and conflicts know that they, too, may sleep under the cover of justice; that they, too, have rights, and that those who violate those rights will be punished”, in Rome Statute of the International Criminal Court, Overview, 1999, in <http://www.un.org/law/icc/general/overview.htm>, disponível em 2 de agosto de 2002.

² Tradução livre “Does the pledge by much of the international community to create and support the ICC simply create an institution to co-exist alongside political, economic and social conditions that essentially violate basic rights?” FRANCESCHET, Antônio, “Promoting Global justice? The International Criminal Court”. Paper presented at the International Studies Association 43rd Annual Convention, New Orleans, LA, March, 24-27, 2002, p. 9.

todos os conflitos que permeiam a sociedade internacional. Isso porque, a sanção penal enquanto retribuição pode até coibir o cometimento de novos crimes mas é insuficiente para defender e preservar os direitos básicos. E mais, é precária na medida em que, muitas vezes, sua aplicabilidade poderá advir de julgamentos parciais.

O TPIP pode ser uma grande conquista caso opere como pretende. Todavia, há uma série de forças e fatores capazes de impedir seu progresso. Em primeiro lugar, o funcionamento da Corte depende, em grande parte, da cooperação dos Estados-partes e, por vezes, dos Estados não-partes. Mas, o que acontecerá se os Estados decidirem não cooperar? O Estatuto de Roma não prevê a responsabilização penal dos Estados caso se recusarem a acatar aos procedimentos e às decisões da Corte. Como ela fará então para fazer valer seu veredicto e, conseqüentemente, legitimar-se perante a comunidade internacional caso não receber o apoio de seus membros e, por vezes, de seus não-membros?

Outro óbice à construção de sua legitimidade e credibilidade na ordem internacional é o fato de que grandes potências, tais como, os Estados Unidos, China, Rússia, Índia e Japão não aderiram à Corte. Ora, se o Conselho de Segurança da ONU é considerado parte legitimamente ativa para denunciar casos à Corte, temos que as três primeiras potências acima, enquanto membros permanentes deste Conselho, podem fazer suas denúncias, embora não possam ter seus nacionais sob julgamento (a não ser em casos excepcionais, quando se encontrarem em território de um Estado-parte e forem denunciados) por não serem membros do Tratado. Então, o obstáculo do qual falamos é justamente um descompasso entre a legitimidade ativa e a passiva desses atores. Assim, a crítica dominante acerca do TPIP consiste no fato de que a corte será desprovida de

legitimidade porque esses Estados poderosos irão proteger suas jurisdições domésticas e sua condição soberana, podendo ainda se utilizarem da Corte quando lhes convier..

Além disso, pouco tem se escrito acerca de outros possíveis, futuros obstáculos criados por questões estruturais tais como: a pobreza e a desigualdade social no âmbito mundial. De acordo com Franceshet:

o problema está relacionado a um forte direito global, separado agora analiticamente do comprometimento desigual e, por vezes, fraco dos Estados (liberais e não-liberais). (...) Se a justiça global é construída em termos de julgamentos, estatutos criminais e castigo ao invés de uma maior igualdade distributiva e bem-estar, o sistema jurídico em si mesmo é diretamente enfraquecido. Em outras palavras, o TPIP fará pouco para desafiar (e sofrerá por isso) a suspeita predominante de que o direito beneficia os atores privilegiados e poderosos em qualquer ordem social- e é usado principalmente contra o mais fraco e pobre.³

Nesse sentido, outro obstáculo à legitimação do TPIP refere-se ao fato de que esse Tribunal não leva em consideração as desigualdades sociais e econômicas existentes no interior de seus Estados-membros. Tais desigualdades são, na maioria das vezes, causas de graves crises do sistema social e acarretam num crescimento do nível de criminalidade. A legitimidade de uma instituição internacional como esta pretende ser, deve ser construída no âmbito dos Estados-nacionais, através de ações práticas no sentido de ajudar as populações locais a lidarem com suas condições básicas.

Além disso, a desigualdade entre os Estados-partes e, entre eles e aqueles que não são membros do Tratado, configura uma outra importante questão. Países em desenvolvimento estarão em desvantagem se comparados com os países desenvolvidos em

³ *the problem is related to, yet analytically separable from, the uneven and often weak commitment of states (liberal and illiberal) to a strong global "rule of law(...). If global justice is narrowly construed in terms of trials, criminal statutes, punishment, etc., rather than greater distributive equality and human well-being, the rule of law itself is arguably weakened. (...)In other words, the ICC will do little to challenge (and will suffer from) a prevailing suspicion that the "rule of law" benefits the privileged and powerful actors in any social order- and is also used primarily against the weaker and poor. Idem, pp. 8-9.*

termos de capacidade e recursos relativos. Num contexto de desigualdade global, onde não são apenas os Estados que podem dispor de suas capacidades e recursos a fim de atingir padrões internacionais, o princípio da complementaridade pode vir a reforçar a desigualdade de poderes. A posição da Procuradora Chefe dos Tribunais ad hoc, Louise Harbor expressa bem esse problema: o fato de que

que o regime trabalharia em favor de países ricos, desenvolvidos e contra os países pobres. Embora o Promotor da Corte possa facilmente fazer a reivindicação de que um sistema de justiça num país subdesenvolvido era ineficaz e portanto “incapaz” de prosseguir, essencialmente por razões de pobreza, as dificuldades envolvidas em desafiar um Estado com um sistema legal, funcional sofisticado seria praticamente intransponível.⁴

Portanto, apesar de pautar por um discurso cosmopolita, a instituição do Tribunal Penal Internacional Permanente não é, em si, cosmopolita. Não se nos atentarmos para as forças que a dinamizam. Trata-se de uma iniciativa resultante de diversas forças políticas presentes no cenário internacional, que tem como alicerce o sistema de Estados reforçando sua igualdade jurídica na esfera internacional.

Ainda que o TPIP tenha sido criado com a finalidade precípua de proteger os direitos humanos no plano internacional através do julgamento de graves crimes contra a humanidade, o processo de efetivação e proteção desses direitos -enquanto demanda essencial à preservação da ordem na política mundial- vai muito além do que a lógica retributiva da pena propõe.

O TPIP encontra-se presente num cenário permeado por uma série de desigualdades sócio-econômicas entre os Estados que compõe o sistema internacional. Assim, sua legitimidade enquanto instituição protetora dos direitos humanos só será

⁴ Tradução livre do discourse de Louise Arbour “that the regime would work in favour of the rich, developed countries and against the poor countries. Although the Court’s Prosecutor might easily make the claim that a justice system in an underdeveloped country was ineffective and therefore “unable” to proceed, essentially for reasons of poverty, the difficulties involved in challenging a State with a sophisticated and functional legal system would be virtually insurmountable.” In SCHABBAS, *op. cit.*, p. 45.

possível se, além de contar com a necessária cooperação de seus membros, atuar em conjunto com eles e com outras agências multilaterais específicas a fim de realizar uma série de ações afirmativas de promoção e efetivação desses direitos no plano internacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMS, Jason and RATNER, Steven, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law- Beyond the Nuremberg Legacy*, Oxford: Oxford University Press, 2001.

AMBOS, Kai, Zur Rechtsgrundlage des neuen Internationalen Strafgerichtshofs, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft* 111, 1999.

AMBOS, Kai e CHOUKR, Fauzi (orgs), *Tribunal Penal Internacional*, São Paulo, Ed: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 25-62.

ARENDT, Hannah, *Responsabilidade e Julgamento*, São Paulo, Cia das Letras, 2004.

AURÉLIO, Marco, Ministro do Supremo Tribunal Federal, em entrevista concedida à agência de notícias “Última hora” in **www.stj.gov.br/noticiasultimahora**.

BASS, Gary Jonathan, *Stay the Hand of Vengeance- The Politics of War Crimes Tribunals*, Princenton, Princenton University Press, 2000.

BAZELAIRE, Jean-Paul e CRETIN, Thierry, *A Justiça Penal Internacional- Sua Evolução, seu Futuro. De Nurembergue a Haia*, Barueri-SP: Ed. Manole, 2004.

BEHRENS, Hans-Jörg, “Investigação, julgamento e recurso”, in *Tribunal Penal Internacional*, AMBOS, Kai e CHOUKR, Fauzi (orgs), São Paulo, Ed: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 63-82.

BITTENCOURT, Cezar Roberto, “Tribunal Penal Internacional. Prisão Perpétua: Inconstitucionalidade” in **www.e-jurídico.com.br**

BERGSMO, Morten, “O Regime Jurisdicional da Corte Internacional Criminal”, in *Tribunal Penal Internacional*, AMBOS, Kai e CHOUKR, Fauzi (orgs), São Paulo, Ed: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 221-244.

BOHMAN, James and LUTZ-BACHMANN, Matthias (orgs.) “Introduction” in *Perpetual Peace. Essays on Kant’s Cosmopolitan Ideal*, MIT Press, Massachusetts, 1997.

BUERGENTHAL, Thomas, *International protection of human rights*, Indianápolis: Ed. Bobbs-Merrill, 1973.

BULL, Hedley, *The Anarchical Society*, Oxford Press, 1977.

BOLTON, John, “An International Criminal Court Won’t Work”, *Wall Street Journal Europe*, 30 de março, 1998, p. 10.

- BURLEY, Anne-Marie e MATTLI, Walter, "Europe before the Court: a Political Theory of Legal Integration", *International Organization*, 47, 1 1993.
- BUSH, George W., "A Estratégia de Segurança Nacional dos Estados Unidos da América", in *Política Externa*, vol. 11, no. 3, dez/jan/fev/, pp. 79-113, p. 112
- CANÇADO TRINDADE, António Augusto. "A Interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos", *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, v. 46, n. 182, jul./dez. 1993.
- _____, *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*, São Paulo: ed. Saraiva, 1991.
- CARR, E., *Vinte Anos de Crise. 1919-1939. Uma Introdução ao Estudo das Relações Internacionais*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 2ª edição 2001.
- CASSESE, Antônio, *International Law in a Divided World*, Oxford, Clarendon Press, 1994.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Pena de Prisão Perpétua. In: *Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários*. N. 11, Brasília: CJF, 2000.
- CLAUSEWITZ, Carl von, *Da Guerra*, Lisboa: Perspectivas e Realidades, 1976.
- COMPARATO, Fábio Konder, *Afirmção histórica dos direitos humanos*, São Paulo: ed. Saraiva, 1999.
- CRUZ, Sebastião Velasco e, "Democracia e Ordem Internacional: Reflexões a partir de um país grande semiperiférico", in *Primeira Versão*, 103, IFCH-UNICAMP, Março de 2002.
- _____, "Entre Fatos e Normas: Dilemas da Ordem Internacional".
- DAHL; Robert, Can international Organizations be democratic? A skeptic's view", in *Democracy Edges*, edited by SHAPIRO, Ian and HACKER-CORDÓN, Cambridge: Cambridge University Press, 2002
- DALLARI, Pedro, in "Constituição e Relações Exteriores", São Paulo, Ed.: Saraiva, 2ª Edição, 2002.
- DEZALAY, Yves *Marchands de Droit, la Restructuration l'Ordre Juridique International par les Multinationales du Droit*, Paris, Fayard, 199.
- FRANCESCHET, Antonio, "Promoting Global Justice? The International Criminal Court", Acadia University, 2002.
- FROUVILLE, Olivier de, "La Cour Pénale Internationale: Une Humanité Souveraine?", *Les Temps Modernes*, n.610, Paris, 2000.

GARRET, Geoffrey, "The Politics of Legal Integration in the European Union", in *International Organization*, 49, 1, 1995.

GUSKOW, Miguel, "O Tribunal Penal Internacional e os problemas futuros a enfrentar em relação à Soberania Nacional" in www.escriitoronline.com.br.

HAWKINS, Darren, "Explaining War Crimes Enforcement: From the Geneva Conventions to the International Criminal Court", Brigham Young University, march 2002.

HELLER, Herman, *La Soberania. Contribución a la teoria del derecho estatal y del derecho internacional*, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1995

HELD, David, "Democracy and the New International Order", in *Cosmopolitan Democracy- An Agenda for a New World Order*, edited by ARCHIBUGI, Daniele and HELD, David, Polity Press, 2002.

_____, *Democracy and the Global Order- From the modern State to Cosmopolitan Governance*, Cambridge: Polity Press, 1995.

HOBBSBAWN, Eric, *Era dos Extremos- O Breve Século XX-1914-1991*, São Paulo, Ed. Cia das Letras, 2004, 2ª edição.

HURRELL, Andrew, "Sociedade Internacional e Governança Global" in *Lua Nova- Revista de Cultura e Política*, São Paulo: CEDEC, vol. 46, 1999, pp.55-74.

JAMISON, Sandra L., "A Permanent International Criminal Court: A Proposal That Overcomes Past Objections", *Denver Journal of International Law and Policy*, no. 23, (1995): 432.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano, "*O Tribunal Penal Internacional- a Internacionalização do Direito Penal*." Rio de Janeiro, ed.: Lumen Juris, 2004.

JARDIM, Tarciso Dal Maso, "O Tribunal Penal Internacional e a sua Importância para os Direitos humanos.", in "*O que é o Tribunal Penal Internacional?*" Câmara dos Deputados. Comissão de Direitos humanos. Centro de Documentação e Informação . Coordenação de Publicações. Brasília- 2000, pp.15-33.

_____(org). *O que é o Tribunal Penal Internacional?*, Publicação da Comissão de Direitos humanos, Brasília, 2000.

LEBLOND, Christian, " Les États-Unis, du *Leadership* au Repli?- Vieille(s) Histoire(s) et Nouveau Monde", in *Les Temps Modernes*, n.610, Paris, 2000.

LUTZ, Ellen; SIKKINK, Kathrin, "International Human Rights Law and Practice in Latin America", in *International Organization*, Vol.54, n.3, 2000.

KAHLER, Miles; KEOHANE; Robert, GOLDSTEIN, Judith; SLAUGHTER, Anne-Marie, "Legalization and World Politics", in *International Organization*, vol.54, n.3, 2000.

KISSINGER, Henry, "The Pitfalls of Universal Jurisdiction", in *Foreign Affairs*, vol.80, n.4, 2001.

KRASNER, Stephen: *Sovereignty, Regimes and Human Rights*, Princeton University Press, 1999.

KRESS, Claus, "Penas, Execução e Cooperação no Estatuto do Tribunal Penal Internacional", in AMBOS, Kai e CHOUKR, Fauzi (orgs), São Paulo, Ed: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 125-148.

KANT, Immanuel, "À Paz Perpétua e outros Opúsculos".

KELSEN, Hans, "Peace through Law", Chappel Hill- The University of California Press, 1944.

_____, *Das Problem der Souveänität und die Theorie des Völkrechts*, Tübingen: Tübinger Verlag, 1928.

_____, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____, *Principles of International Law*, Califórnia: The University of California Press, 1967.

KRITSCH, Raquel, *Soberania. A Construção de um Conceito*, São Paulo: Imprensa Oficial e Humanitas FFLCH/USP, 2003.

IKENBERRY, G. John, "A Ambição Imperial", in *Política Externa*, vol. 11, n.º. 3, dez/jan/fev- 2002-2003, pp. 22 - 38, p. 25.

LAFER, Celso, *A Identidade Internacional do Brasil e a Política Externa Brasileira: Passado, Presente e Futuro*. São Paulo: Ed. Perspectiva, 2001.

MACHADO, Máira Rocha, "A Internacionalização do Direito Penal- A Gestão de Problemas Internacionais por meio do crime e da pena." São Paulo: Ed. FGV e Editora 34, 2004.

MEDEIROS, Antônio Cachapuz de, "O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira.", in "O que é o Tribunal Penal Internacional?" Câmara dos Deputados. Comissão de Direitos humanos. Centro de Documentação e Informação. Coordenação de Publicações. Brasília- 2000, pp.3-15.

MELLO, Celso Albuquerque, "O parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal" in *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999

MIRANDA, Nilmário, "Apresentação", in "*O que é o Tribunal Penal Internacional?*" Câmara dos Deputados. Comissão de Direitos humanos. Centro de Documentação e Informação . Coordenação de Publicações. Brasília- 2000, pp. 1-2.

MORAES, Alexandre "*Direito Constitucional*", São Paulo: Atlas, 15ª Edição, 2004.

MYIAMOTO, Shiguenoli, "A Segurança e a Ordem Internacionais no Limiar do Novo Século.", in *Primeira Versão*, vol. 117, Campinas: IFCH- UNICAMP, janeiro/ 2003.

_____ e NASSER, Patrícia, "A ONU e a Paz Mundial: Alcances e Limites", in *Primeira Versão*, vol. 119, Campinas: IFCH- UNICAMP, fev/ 2003

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direitoconstitucional internacional*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direitoconstitucional internacional*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

_____, *Temas de Direitos humanos*, São Paulo: ed. Max Limonad, 1998.

_____, "A proteção internacional dos direitos humanos e o direitobrasileiro", In *Os direitos humanos no Brasil*, São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1995.

_____, "Constituição e transformação social: a eficácia das normas constitucionais programáticas e a concretização dos direitos e garantias fundamentais", in *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 37, junho de 1992.

_____, "Por um Tribunal Criminal Permanente", in *Folha de São Paulo*, 16 de julho de 1998.

_____, "Valor Jurídico dos Tratados: Impacto na Ordem Interna e Internacional, in *Boletim da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, v. 22, São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, março/abril de 1998.

_____, "Uma Corte para os Direitos humanos", in *Folha de São Paulo*, 09 de setembro de 1998.

_____, "A Implementação dos Direitos humanos nas Cortes Brasileiras", in *Revista Brasileira Fundação da Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, n. 12, julho/dezembro de 1998, pp.31-43

_____, "Direitos humanos globais justiça internacional e o Brasil, in *Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem.*, São Paulo: ed. Da Universidade de São Paulo, 1999, pp.23-29.

Plano Nacional de Direitos humanos da implementação e divulgação de atos internacionais

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO, *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos* pelo Grupo de Trabalho de Direitos humanos. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado. 1997.

RODAS, João Grandino, "Tratados internacionais: sua executoriedade no direito interno brasileiro", in *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, n.21, dez.1992, pp.311-323.

_____, Texto baseado nas notas taquigráficas de conferência proferida no Seminário Internacional "*O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira*", promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, em 30 de setembro de 1999, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília-DF.

ROTH, Brad, *Governmental Illegitimacy in International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2000.

RUMSFELD, Donald, "Transformando as Forças Armadas", in *Política Externa*, vol. 11, no. 2, set/out/nov 2002, pp. 12-22, p. 21.

SABÓIA, Gilberto Vegne, "Um improvável consenso: a Conferência Mundial de Direitos Humanos e o Brasil", in *Política Externa*, São Paulo, vol.2, Ed: Paz e Terra, 1993.

SANDS, Philippe, *From Nuremberg to the Hague- The Future of International Criminal Justice*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza, *Pelas mãos de Alice: o social e o político na pós-modernidade*, São Paulo, ed.: Campus, 1995

_____, "Nossa prisão perpétua", in *Revista Visão*, Portugal, 8/03/2001.

SEWALL, Sarah B. & KAYSEN, Carl, *The United States and The International Criminal Court. National Security and International Law*, EUA: Rowman & Littlefield Publishers, INC, 2000.

SHABBAS, William, "*An Introduction to the International Criminal Court*", Cambridge University Press, 2001.

_____, “Princípios Gerais de Direito Penal”, in *Tribunal Penal Internacional*, AMBOS, Kai e CHOUKR, Fauzi (orgs), São Paulo, Ed: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 149-190.

SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1990.

SOARES, Guido Fernando Silva, e SOARES, João Clemente Baena, “Imunidades de Jurisdição e Foro por Prerrogativa de Função”, in *Revista CEJ/ Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários*. No. 11, Brasília: CJF, 2000.

STEINER, Henry J., ALSTON, Philip, *Human rights in context: law, politics, morals.*, Oxford/New York, Oxford University Press, 1996.

STEINER, Sylvia Helena “O Tribunal Penal Internacional” in *Boletim do IBCCrim*. N. 83, São Paulo, IBCCrim, outubro/99, pp.12-13.

STRUETT, Michael J., “The Politics of Constructing na International Criminal Court”, University of California, March 2002.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, “*Direito internacional em um Mundo em Transformação.*”, Rio de Janeiro: ed.: Renovar, 2002

_____, Antônio Augusto Cançado, “Interação entre o direito internacional do direito interno na proteção dos direitos humanos” in *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, v. 46, n. 182, p. 31, jul./dez. 1993

WALZER, Michael, “De l’anarchie à l’ordre mondial: sept modèles pour penser les relation internationales”, in *Esprit*, mai, 2001.

WEBER, Max. “A Política como Vocação”, in *Ensaio de Sociologia*.

WEDGWOOD, Ruth, “The Constitution and the ICC”, in SEWALL, Sarah B., KAYSEN, Carl (co-editors), *The United States and The International Criminal Court-National Security and International Law*, American Academy of Arts and Sciences., United States of America, Rowman & Littlefield Publishers, INC, pp. 119-136, p. 134.

WESCHLER, Lawrence, “Exceptional Cases in Rome: The United States and the Struggle for an ICC”, SEWALL, Sarah B., KAYSEN, Carl (co-editors), *op. cit.*, pp.85-114.

ZIMMERMANN, Andréas, “Die Schaffung eines ständigen Internationalen Strafgerichtshofes”, in 58 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1998.

ZOLO, Danilo, Hans Kelsen. International Piece Through International Law?" in *European Journal of International Law*, vol. 19, número. 2.

Códigos e Constituições:

Constituição da República Federativa do Brasil. Coleção Saraiva de Legislação;
Código Penal Brasileiro
Código Processual Penal Brasileiro
Código Penal Militar Brasileiro
Código da Corte Internacional de Justiça
Código de Crímenes en Contra de la Paz y la Seguridad de la Humanidad

Tratados e Convenções

Carta das Nações Unidas de 1945
Convenção Americana sobre Direitos humanos. (Pacto San José da Costa Rica)
Convenção de Genebra (1929)
Convenção da Liga das Nações (1919)
Convenção da Liga Permanente para a Manutenção da Paz (1944)
Convenção de Viena
Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio
Declaração Universal de Direitos humanos de 1948
Decreto Legislativo nº 112, de 2002, in

Elements of Crimes of the International Criminal Court (2000)
Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional Permanente (1998)
General Act of the Pacific Settlement of International Disputes (1928)
Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos
Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.
Regras de Procedimentos e Evidências, Regras (2000)
Regimento Interno da Câmara dos Deputados (Resolução nº 17 de 1989), in

Bibliografia Virtual:

www.amnesty.org
www.camaradosdeputados.org.br
www.direito.com.br
www.derechos.org
www.e-juridico.com.br
www.faroljuridico.com.br
www.datavenia.inf.br
www.hrw.org
www.iccnw.org
www.juridica.com.br
www.jus.com.br
www.jusnavegandi.com.br
www.lemondediplomatique.fr

www.mj.gov.br/
www.mre.gov.br
www.neofito.com.br
www.onuportugal/org.pt
www.portaldodireito.com.br
www.senado.org.br
www.stj.gov.br
www.stj.gov.br
www.teiajuridica.com/
www.um.org/law/icc/index.htm
www.uol.com.br