

PRINCÍPIOS E GARANTIAS DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL¹**PRINCIPLES AND WARRANTIES OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT²**Cássio Benvenuti de Castro³

RESUMO. Analisar paradigmas do Tribunal Penal Internacional subentende a precisa distinção entre o direito internacional penal e o direito penal internacional. Dessa sistematização, permite-se definir onde estamos, em termos dogmáticos ('lege lata'), bem como para aonde nos conduzimos, na linguagem operativa da axio-deontologia proposta no Estatuto de Roma (abertura da 'lege ferenda'). Sobremaneira, o construtivismo culturalista do direito internacional imbrica-se à profusão dialético-argumentativa da jurisdição pretensamente universal. Daí a crescente importância do estudo das 'garantias' (processuais) e dos 'princípios' (materiais) elencados no Tratado: balizar tendências do novo direito internacional penal, de maneira a se emprestar previsibilidade às decisões da Corte Permanente de Haia.

PALAVRAS-CHAVE. Tribunal Penal Internacional – normas – princípios – garantias

ABSTRACT. Review International Criminal Court paradigms implies distinguish between international criminal law categories. With this systematization, allows to define where we are, in dogmatic terms ('lege lata'), as well as where are we conducting ourselves in the language of ethics-operative proposed in the Rome Statute (the opening of 'lege ferenda'). Significantly, the cultural constructivism of international law overlaps to the profusion of dialectical argument supposedly universal jurisdiction. Hence, the growing importance of studying the 'warranties' (procedural) and the 'principles' (materials) listed in the Treaty: the new trends to delimit international criminal law, in order to lend predictability to the decisions of the Permanent Court of Haia.

KEYWORDS. International Criminal Court – standards – principles – guarantees

SUMÁRIO: Intróito 1. Direito Internacional Penal e crimes internacionais 1.1. Direito Penal Internacional 1.2. Direito Internacional Penal 1.2.1. Fontes do Direito Internacional Penal 2. Axiologia do Tribunal Internacional Penal 2.1. Dignidade da pessoa humana 2.2. Jurisdição universal 2.3. Complementaridade 3. Deontologia do Tribunal Internacional Penal 3.1.

¹ Artigo recebido em 30 de março de 2012 e aceito em 30 de abril de 2012.

² Seminário apresentado no curso de Mestrado em Direito na UFRGS, em 21/09/2011, sob a orientação do Doutor Tupinambá Pinto de Azevedo.

³ Juiz de Direito no RS. Especialista em Ciências Penais. Mestrando em Direito na UFRGS. Articulista. Autor dos livros 'Temas de Ciências Penais: na perspectiva neoconstitucional' e '(Neo)Soberania e Tribunal Penal Internacional'. cassiobc@tj.rs.gov.br

Garantias (processuais) 3.1.1. Institucional 3.1.2. Competência 3.1.3..
Cooperação executiva e entrega de nacionais 3.1.4. Imunidades 'propter
officium' 3.1.5. Coisa julgada e revisão 3.1.6. Instrumentalidade das formas e
direitos do acusado 3.1.7. 'Standard' probatório para condenação 3.2.
Princípios 3.2.1. Legalidade, taxatividade e irretroatividade 3.2.2.
Imputabilidade ao maior de dezoito anos 3.2.3. Responsabilidade individual da
pessoa física na medida da culpabilidade 3.2.4. Requisito subjetivo ('mens rea')
3.2.5. Estrutura bipartida dos crimes 3.2.5.1. Problemática do erro 3.2.6.
Imprescritibilidade da persecução 3.2.7. Tutela efetiva das vítimas. Conclusão.
Referências

Intróito

Classicamente, a doutrina aborda três semânticas para definir o Direito:
(a) ele representaria um conjunto de *normas* (corrente metafísica); (b)
significaria apanhado *fático* (escola real-concretista); (c) ou constituiria a
simbiose de ambas as indigitadas expressões – o Direito enquanto *fato*
normatizado. Apertada lembrança dessa triplicidade auxilia na compreensão da
crescente importância do Direito Internacional Penal enquanto disciplina
autônoma.

A escola *normativa* do Direito divulgou formalismo legalista, então
consagrador da soberania ortodoxa, que fora responsável pela afirmação dos
Estados Nacionais. Deveras, o Direito sinônimo de *norma* preocupou-se na
manutenção da "ordem", institucionalizando uma contratação social na qual os
(outro) súditos deviam obediência à coerção em troca do rescaldo de
'segurança', garantido pela entidade pública, numa ciranda autofágica
nitidamente sufragada na centralização (ideologizada como "organização") do
poder. Tal dialética cidadão-poder, fulcrada no princípio reitor *coerção*, no
plano internacional, resulta na conclusão: se não há Estado no plano
internacional, onde estaria o Direito? Na verdade, ele sequer existiria, tornando
inexplicável a Corte Internacional Penal através do raciocínio normativo.

Antitética, a corrente *realista* profligou noção do Direito no sentido de
fato, uma vez que realiza cotejo concretista das questões científicas, embasado
em metodologia tópica-zetética – das problemáticas para as soluções (e vice-
versa) –, depurando-se de atarracado tecnicismo metafísico (viciado na regra).
Para além do monopolismo criativo do Direito (não somente através das
normas), as decisões judiciais (compreendidas enquanto fatos sensíveis)

avultam em importância, desencadeando abertura hermenêutica do certame. Agora, o Direito lidaria com entidades reais, não metafísicas: o fato (em si) e a sentença⁴ – como também seria fenômenos físicos o dever jurídico, o direito subjetivo, e a relação negocial entre as pessoas, etc. Dessa sorte, possibilita-se autonomia de algumas fontes jurídicas em relação ao poder (centralizador) dos Estados – perspectiva que enseja a criação das organizações internacionais enquanto sujeitos de direitos no plano forâneo. Afinal, essas organizações estão na realidade sensível!

Note-se que o sistema do realismo é operativamente⁵ maleável, ratificando sua própria disposição dialogal cognitiva. Entretanto, essa disposição teórica não assegura efetiva coercibilidade para o cumprimento das proposições jurídicas. Carece-lhe a nota institucional, sem falar no eventual decisionismo de uma jurisprudência (vide a escola de direito livre), que talvez flertasse com infinita casuística tendente a retrocessos fadados (mais) à politização que à (pretensa) técnica jurídica.

O furacão nazista contribuiu para arrefecer propostas extremistas. Com efeito, a corrente (a) normativista demonstrou-se passível de instrumentalização por um regime ditatorial; de seu turno, o realismo (b) ostentou deficiências quanto à controlabilidade das próprias decisões. Críticas que propiciaram encampação de vertente intermédia, para explicar o significado do Direito através de racionalidade culturalista.

A escola *eclética* não dispensa as normas tampouco os fatos⁶. Ora, notório que o Direito recolhe emaranhado normativo. Essa malha deontológica é influenciadora da realidade fática sobre a qual incide e, por decorrência lógica, também por ela é influenciada, quando da elaboração/modificação das próprias normações. Trata-se de recurso inerente aos desforços de abertura e regeneração hetero e autopoietica da ordem jurídica no sentido largo, em obviedade circular-construtivista axio-deontica: o Direito interfere na realidade social, mas por ela é moldado (relação de parte para o todo e vice-versa).

⁴ O que existe é o fato 'x' e a consequência jurídica a ser concretizada na sentença – aos entes reais: o fato e a sentença.

⁵ Em geral, fala-se no sistema como cognitivamente aberto e operativamente fechado. Não identifico extremismo dessa ordem, quando as decisões judiciais são macro e micro influenciáveis por multifatores de questões técnicas, sociais, ideológicas e, infelizmente, políticas. Daí concluo, também, a possibilidade da abertura operativa do sistema – se não é evidente, quiçá tal dialética apareça velada, através de rarefeita fundamentação.

⁶ O fenômeno do 'fato jurídico' comporta essa diagramação – fato e norma.

Nesses termos culturalistas (também denominados ecléticos), baseia-se a crescente importância do direito internacional. Cuida-se de realidade não frutificada no bojo de um Estado-nação, tampouco advém de elaboração meramente casuística. Justamente, sua meta não é tornar o mundo mais *seguro*, daí por que transcende a rele centralização do poder. Pelo contrário, o direito internacional visiona a contemplar a todos com um planeta *melhor*, independente da geografia dos problemas enfrentados. Natural que, ao invés da concentração do poder – outrora reflexo do positivismo –, deva se falar na funcionalização e na mitigação do poder dos Estados em benefício de algo maior: a própria subsistência da espécie humana na terra.

O positivismo jurídico (normativismo) bem como o realismo não explicam o Direito do Tribunal Penal Internacional. No máximo, cogitam filosofias idealistas pré-jurídicas e não coercitivas às soluções da nova instituição transnacional, sobremaneira resultante de nova ordem glocalizada, de uma neosoberania fulcrada na funcionalização dos direitos do homem e na superposição do indivíduo enquanto sujeito de direitos no plano metanacional. De outra parte, representando uma intermediação teórico-pragmática, a corrente culturalista trabalha com os fatos e com as normas. Para tanto, não despreza ‘marcos’, porque, além de serem fatos, eles fincam e consolidam as balizas de inéditas instituições, cuja importância trafega aos sobressaltos no terreno das ciências sociais.

Refletir sobre cultura é pensar em finalidades. E a eleição das finalidades (norteadoras das ciências humanas) varia na relação espaço-tempo, sendo conatural à diversidade dos compromissos sociais assumidos pelas políticas realizadoras das necessidades comunitárias. Considerações subjacentes de expressões éticas, econômicas, políticas ou ideológicas determinam a contingência orgânica relativizável de premissas em diuturna tensão. A noção do Direito como instrumento⁷ do homem (não o contrário) – meio para atingimento dessas dinâmicas vivenciadas – remete-lhe a filtro de concreção dos propósitos escolhidos e, a partir daí, também o vetoriza por

⁷ Saliento cuidado com a expressão ‘instrumento’. Aqui, na visão culturalista, ele não se desgarrar do ‘ético’. Pelo contrário, coordena-se a ele, diversamente do *instrumental-normativo* de positivismo extremo, no qual a norma pode quase tudo, inclusive, sustentar regimes ditatoriais – como se fez no nazi-fascismo.

intermédio das estruturas sócio-culturais imanentes a quaisquer objetos de conhecimento racional.

Refere Alvaro de Oliveira: “a noção de fim entrelaça-se, necessariamente, com o valor ou valores a serem idealmente atingidos por meio do processo. Impõe-se, portanto, a análise dos valores mais importantes para o processo: por um lado, a realização de justiça material e a paz social, por outro, a efetividade, a segurança e a organização interna justa do próprio processo. Os dois primeiros estão mais vinculados aos fins do processo, os três últimos ostentam uma face instrumental em relação àqueles”⁸. Posteriormente, o autor infere como sobreprincípios as noções da efetividade e segurança. E de fato, valor trata do ‘ótimo’ que é melhor ao grupo, sendo indisponível por natureza; princípio relaciona-se ao que ‘deve ser’, um mandado imediatamente finalístico, porém, relativizável. Mister a separação entre finalidades e funções⁹. As primeiras indicam o resultado da chegada: a justiça e a paz social; os segundos, alguns caminhos a serem percorridos: a efetividade e a segurança como ‘entre-lugares’ instrumentais, fazendo a ligação do Direito com os fins. O próprio Alvaro de Oliveira deixa implícita semelhante conclusão.

A analogia sustenta a utilização do Direito enquanto matéria de possibilidade da sobrevivência do homem no planeta. Resumo: o Direito é “condição de possibilidade da convivência”. E para tanto, preconiza-se o estabelecimento de pautas (garantias) para, no segundo momento, o próprio Direito partir à programação finalístico-principiológica. Em molde cronológico, uma garantia pode ser compreendida enquanto ‘marco’ histórico. Ela estabelece limítrofe às demandas sociais, representando “eficácia de trincheira”. Daí o interesse na fixação de garantias: tributar limites de intervenção de *alters* (público e privado) na vida das pessoas. A seguir, após tal consolidação, procurar-se amplificação desse rol garantístico através de instrumental bifronte, porque inerente à principiologia – princípios são normas imediatamente finalísticas, iluminam-se pelos valores basilares e tendem concretizar programas consecutórios da racionalidade jurídica. Agora, um princípio não sobrevive sem exame conjuntivo de fatos que lhe subjazem. Ele

⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 372.

⁹ Ferrajóli remonta essa distinção. *Direito e razão, passim*.

ganha força argumentativa fulcrado nos fatos. Portanto, o culturalismo tributa metodologia contemplativa de fatos e de nova ordem normativa, atualmente subsidiada pelas regras, princípios e valores.

Essa visão (ecclética) proporciona sistematização das garantias e dos princípios através de um corte *funcional*, consoante proponho. Evidentemente, não desço ao complexo arcabouço histórico, mas apenas sistematizo as questões com força na topologia, seja processual (garantia) ou material (principiologia) das espécies – critério igualmente passível de convincente dogmatização.

No ensaio, merecedora de incansável lembrança, *ictu oculi* localizo a matéria-prima do Tribunal Internacional Penal – o Direito *Internacional* Penal, não o Direito *Penal* Internacional. Ato contínuo, comento os valores que sufragam a Corte, diuturnamente relacionados tais como ‘princípios do Tribunal Penal Internacional’. Agora, de princípios não se tratam, porque se apresentam distantes da efetiva implementação. Finalmente, descrevo alguns princípios e garantias do Tribunal de Haia, seguindo eleição dogmática do Tratado de Roma, com breves cotejos em relação à realidade pragmática brasileira.

1. Direito Internacional Penal e crimes internacionais

A distinção entre *Direito Internacional Penal*¹⁰ e *Direito Penal Internacional* não é meramente acadêmica. Desencadeia utilização de principiologia específica para cada matéria. Certamente, existem pontos de contato identificados em alguns institutos de ambas as disciplinas. Inclusive, os caracteres deontológicos que as diferem do direito penal sem a ‘nota’ da internacionalidade é de cunho objetivo¹¹ e subjetivo¹²: em termos objetivos, a

¹⁰ Existem autores que adotam a terminologia ‘direito penal internacional’ de forma amplíssima, abrangendo o direito internacional penal e o direito penal internacional no sentido estrito. Respeitando tal concepção, no caso, utilizo compartimentação bifronte, que se especifica ao longo deste capítulo ‘2’ e serve de cenário para delimitação da categoria ‘crimes internacionais próprios’. Ver CASTRO, Cássio Benvenuti de. *(Neo)Soberania e Tribunal Penal Internacional*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

¹¹ ‘Objetivo’ no sentido de ‘externo’ ao agente, sem depender da intencionalidade do sujeito.

¹² Esse caráter objetivo-subjetivo de aproximação do direito penal internacional para com o direito internacional penal pode ser resumido na dupla acepção: teoria das fontes (questão da estraneidade) e necessidade da cooperação bi ou multilateral para repressão e prevenção dos crimes.

matéria-prima tópica observa incidência de algum elemento normativo de estraneidade, de conexão¹³ com o direito estrangeiro; nos termos subjetivos, depende da cooperação bilateral ou multilateral dos Estados para persecução delitiva.

Com efeito, a peculiaridade metanacional recolhe aspectos objetivo-subjetivo de especialidade, situação que aproxima o *direito internacional penal* do *direito penal internacional*. Entretanto, tal similitude internacionalista não os deve confundir, como sói acontecer quando valiosos doutrinadores definem apenas a terminologia genérica de ‘direito internacional penal’ (sentido largo), arrepiando as dessemelhanças compartimentais. De fato, a relação do direito penal ortodoxo com a ‘internacionalidade’, consoante sintetizam Zaffaroni e Pierangeli¹⁴, reproduzem duas disciplinas diferentes e coordenadas – o *Direito Internacional Penal* e o *Direito Penal Internacional*, inconfundíveis entre si.

Respeitando as concepções unitarizantes, uma vez identificadas as particularidades científicas do direito internacional penal e do direito penal internacional, entendo inexpugnável a diferenciação. Essas conceituações, ora escansionadas, cuidam de mecanismos peremptórios para aconselhável cognição da magnitude do direito internacional penal (sentido estrito) operacionalizado pelo Estatuto de Roma. A partir disso (e vice-versa, sendo causa e consequência), delimita-se o respectivo tratamento aos crimes internacionais próprios (objetos deste ensaio), ineditamente codificados com caráter permanente e, por decorrência, avulta-se o desenlace institucional do Tribunal Penal Internacional como pessoa jurídica internacional, de natureza independente e autônoma.

Deveras, existe distinção entre o grau de internacionalidade das questões tratadas por um e pelo outro ramo do direito penal metanacional, fazendo-se necessária a pecha disjuntiva: “O direito internacional penal (ligado ao direito internacional público) tem como principal atribuição o estudo da tipificação internacional de delitos por via de tratados e o estabelecimento da jurisdição penal internacional (cortes internacionais de justiça penal). O direito

¹³ À guisa ‘objetiva’, portanto inerente ao elemento de ‘conexão’ internacionalista, tanto direito penal internacional quanto o direito internacional penal não ostentam significativas diferenças. A diversidade escancara-se em termos do requisito ‘subjetivo’, porque o direito penal internacional resolve conflito ‘horizontal’ entre Estados interessados na aplicação soberana de seu próprio ‘jus puniendi’ e, no direito internacional penal, há relação de ‘verticalidade’ em cotejada a posição ‘suprapartes’ – em relação aos Estados – do Tribunal Penal Internacional.

¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*, parte geral, vol. I, 7ª. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 135.

penal internacional (ligado ao direito internacional privado) determina o âmbito de validade da lei penal de cada Estado e a competência de seus tribunais penais¹⁵. As semânticas apresentam similitudes, inexistindo separação ontológica¹⁶, no entanto, vale ressaltar: a diferença é ‘de grau’¹⁷ – enquanto o direito penal internacional versa interesses de dois ou mais países em aplicarem a ordem jurídica nos seus respectivos territórios (soberania no sentido clássico), o Direito Internacional Penal visualiza horizonte amplificado, cuja previsão imbrica-se ao direito dos tratados e das convenções, ora transcendente da soberania ortodoxa.

1.1. Direito Penal Internacional

Para situar o local do crime, o Brasil adota a teoria mista ou da ubiquidade (art. 6º., do Código Penal). Logo, tanto onde aconteceu a conduta, como o *iter criminis* e o resultado, são considerados territórios aptos a julgamento do fato. O problema exsurge quando o resultado ocorre em nosso país e a conduta em outro Estado, ou vice-versa, ensejando aparente conflituosidade acerca do sistema jurídico regulador da espécie.

Com efeito, o protraimento analítico do fato-crime em diversos terrenos nacionais – seja por questões de nacionalidade ou de territorialidade – desencadeia conflito interespaçial de normas, fator de conexão (estranheidade), que tornaria possivelmente aplicável o direito estrangeiro. Hipóteses a perquirir: qual lei reguladora da situação concreta, a nacional ou a de outro país aparentemente interessado em processar a celeuma? Justamente, o direito penal internacional, como faceta da soberania clássica, recolhe principiologia tendente a solucionar a indagação. As regulações dos arts. 7º., 8º. e 9º. do Código Penal brasileiro ponderam interesses do ‘*jus puniendi*’ versus o princípio da ‘não intervenção externa’, prevendo normativas domésticas cuja

¹⁵ *Idem, ibidem.*

¹⁶ Na verdade, a diversidade é axiológica ou, quando muito, de amplitude deontológica.

¹⁷ Precisamente, os conceitos não se distanciam estruturalmente. A disjunção é ‘de grau’, observada a soberania em sua evolução – do classicismo ortodoxo à (neo)soberania funcionalizada pelos direitos humanos.

dimensão supranacional *universalizante*¹⁸, no sentido estrito (direito internacional penal), é estranha – citados dispositivos cuidam de relações horizontais entre os Estados que teriam interesses em apurar determinados fatos. Refriso, situação bem diferente da observada no Direito Internacional Penal estrito, no qual a transnacionalidade não pertine ao direito interno do nosso país.

Para solucionar a questão da lei aplicada ao caso aparentemente ‘conectado’ a dois sistemas jurídicos diversos (brasileiro e/ou forasteiro), prescreveu-se principiologia inerente à soberania *bodiniana*, cuja densificação normativa coordena-se pela ‘não intervenção’ e pelas relações ‘horizontais’ consentidas entre os Estados interessados. Em apertada digressão, para finalidade referencial, relaciono alguns aspectos dessa deontologia codificada:

a) Princípio da territorialidade: em regra, a lei penal brasileira aplica-se aos fatos cometidos ou cujo resultado aconteça neste país, a despeito da nacionalidade do agente. Para tanto, o Código Penal (art. 5º.) reconhece a extensão do território pátrio, especificando-o dogmaticamente, como no caso das embarcações e aeronaves públicas, onde forem encontradas, e os navios e aviões particulares localizados, respectivamente, em alto-mar ou no espaço-aéreo correspondente (parágrafo 1º.). A leitura dessa norma não atine, especificamente, ao conflito interespacial de leis. De maneira geral, apenas conduz à solução genérica dos casos.

Leia-se, a territorialidade ‘previne’ o conflito interespacial de leis, marcando incidência do direito doméstico – soberania interna – às situações contextualizadas em determinado Estado. Os demais princípios que observarão a discussão inerente ao direito aplicável em caso de aparente conflito, como típicas exceções à territorialidade – a regra geral.

b) Princípio da extraterritorialidade: o art. 7º., do Código Penal, define aplicação da lei brasileira aos crimes cometidos fora do país. Capez salienta: “a jurisdição é territorial, na medida em que não pode ser exercida no território de outro Estado, salvo em virtude de regra permissiva, emanada do direito internacional costumeiro ou convencional. Em respeito ao princípio da soberania, um país não pode impor regras jurisdicionais a outro. Nada impede,

¹⁸ Leia-se que o princípio da ‘justiça universal’ não é sinônimo da ‘jurisdição universal’. Esta é prevista no Estatuto de Roma e será objeto de análise; aquela é diretiva da extraterritorialidade positivada no Código Penal brasileiro.

contudo, um Estado de exercer, em seu próprio território, sua jurisdição, na hipótese de crime cometido no estrangeiro”¹⁹.

A extraterritorialidade estabelece duas categorias de crimes, na classificação de Zaffaroni e Pierangeli²⁰. Na primeira, denominada extraterritorialidade incondicionada, aplica-se a lei brasileira, embora tenha o crime sido praticado no estrangeiro, forte no princípio ‘real ou da defesa’ (art. 7º., I, ‘a’, ‘b’ e ‘c’), ou como decorrência do princípio da ‘justiça universal’ (art. 7º., I, ‘d’ e II, ‘a’). Observe-se a precisão técnica desses autores: utilizam, estritamente, a terminologia ‘justiça universal’, que não se confunde tampouco é sinônima do conceito de ‘jurisdição universal’.

O princípio da ‘jurisdição universal’ reflete natureza da competência do Tribunal Penal Internacional supranacional, cuja institucionalização pautou-se para o julgamento dos crimes internacionais em sentido estrito. Portanto, trata-se de instrumento vertical em relação aos demais Estados signatários do Estatuto de Roma. Está para além dos Estados.

Isso posto, a ‘jurisdição universal’ diferencia-se da ‘justiça universal’, norma atinente à relação horizontal entre determinados Estados que, convencidos, submetem à competência interna de um ou de outro desses países, o julgamento da causa na qual se avistou conflito interestatal de sistemas jurídicos. Definitivamente, o advento do Tribunal Penal Internacional fora o responsável pela consagração efetiva da ‘jurisdição universal’. Inclusive, para finalidade da evitação de confusões terminológicas, proponho a utilização de outra nomenclatura. Ao invés de ‘justiça universal’, utilizar-se a denominação de princípio da ‘justiça interestatal’, à medida que tal norma apenas resolve a pergunta: a lei de qual Estado será aplicada à espécie fática? Obviamente, a horizontalidade da relação tribunal doméstico *versus* tribunal de outro país, ambos de mesma envergadura, difere da natureza permanente e supranacional do TPI.

A situação do genocídio poderia ensejar discussões razoáveis. Está presente tanto como crime internacional, tipificado no Estatuto de Roma, quanto fora tipificado ilícito doméstico pela Lei 2.889/56. Aplica-se-lhe o

¹⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*, parte geral, vol. I, 12ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 91.

²⁰ *Op. cit.*, p. 138.

princípio da ‘justiça universal’ (art. 7, I, ‘d’, do CP), inerente ao direito penal internacional, ou o princípio da ‘jurisdição universal’, previsto no Tratado instituidor do TPI e, portanto, norma do direito internacional penal?

Embalde, a relevância do crime despertou dupla tutela – doméstica e supranacional. Cuida-se de um *plus* de proteção aos direitos humanos. No entanto, inviável a dupla responsabilização. Para isso, coordenadamente a essa principiologia, vigora o princípio da complementaridade em termos da deontologia judicial da corte permanente, consoante descrito abaixo. Isso é, incide o sistema normativo brasileiro e, somente no caso de não atuação das instituições nacionais, a matéria relega-se ao Tribunal Penal Internacional, de forma a se manejarem tanto o princípio da ‘justiça universal’ como o da ‘jurisdição universal’ à espécie. A *ratio* da complementaridade sinaliza-se à proteção da humanidade, haurindo-se dessa norma a dupla proteção, em termos lógico-subsequente.

Finalmente, a extraterritorialidade condicionada subordina a incidência do sistema jurídico brasileiro a cinco condições: “entrar o agente no território nacional; ser o fato punível também no país em que foi praticado; estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição; não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena; não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável”. Reunidos tais requisitos, ainda carece a verificação do princípio da ‘justiça universal’ (art. 7º., II, ‘a’), antes mencionado, bem como os princípios da ‘nacionalidade ativa’ (art. 7º., II, ‘b’) e da ‘representação’ (art. 7º., II, ‘c’). Outras condições, ressaltado, foram positivadas para a verificação do princípio da ‘nacionalidade passiva’ (art. 7º., parágrafo 3º.).

Sintetizando, as hipóteses discriminadas sinalizam aspectos nos quais, pela virtude de algum elemento de conexão (de estraneidade) com o direito estrangeiro, ensejar-se dúvida sobre qual ordenamento aplicável ao caso – o nacional ou o forasteiro, de algum outro país determinado pelas regras de conexão. A territorialidade é a regra. Os princípios da extraterritorialidade decantados pela deontologia da defesa (art. 7º., I, do CP), da personalidade ativa (art. 7º., II, ‘b’) e passiva (art. 7º., par. 3º.), da universalidade (art. 7º., II, ‘a’) e do pavilhão (art. 7º., II, ‘c’), além da repercussão da sentença estrangeira no direito pátrio (art. 9º.), refletem mecanismos de internalização de situações

e, por decorrência, juridicização da questão aparentemente internacional, pela legislação brasileira.

Ou seja, o direito penal internacional nada mais representa que um capítulo do direito interno. Em virtude do aparente (ou evidente) conflito entre mais de uma norma de diferentes nacionalidades – normas de países determinados pelas regras de conexão –, utiliza-se a *qualificação*²¹ do caso concreto para, a seguir, ponderá-lo pelo direito aplicável, seja de um ou de outro país, em relação de horizontalidade. Evidente o ‘conflito espacial de leis’ (antinomia geográfica latente), a lançar guarida ao desdobramento normativo referido.

O Direito Penal Internacional careceria de monografia à parte, tanto pela importância como pela complexidade. Todavia, o presente estudo somente firma a noção de internacionalidade ‘imprópria’ ou meramente ocasional entre Estados determinados. Como refere Guido Soares²², a cogência deste ramo esbarra na própria conceituação sistêmica: falece-lhe um mecanismo de legitimação de um órgão central como titular das funções de aplicar a sanção penal, tanto na codificação dos crimes (definição das condutas e das penas) quanto na efetivação das reprimendas (execução penal). Na prática, o direito penal internacional é singelo reflexo da soberania clássica da teoria de Hugo Grotius (*aut dedere, aut punire*). Vale dizer, os Estados continuam exercendo o *jus puniendi* soberano ou, excepcionalmente, determinam a extradição dos agentes para outro Estado.

Diferentemente, inovando a sistemática punitiva, o Estatuto de Roma – limite tópico deste ensaio – recolhe panorama diverso: atualmente, firmou-se o *direito internacional penal* como disciplina autônoma. Respectivos princípios transcendem a horizontalidade da relação interestatal acima concebida. Logo, merece abordagem a disjuntiva.

²¹ O direito penal internacional está para o direito internacional privado assim como o direito internacional penal está para o direito internacional público. Logo, o direito penal internacional depende dos pressupostos de conexão, identificação das normas (aparentemente) conflitantes e qualificação do caso concreto. Trata-se de capítulo do direito doméstico, interno a cada país.

²² SOARES, Guido Fernando Silva. O terrorismo internacional e a Corte Internacional de Justiça. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (coord.). *Terrorismo e direito: os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil: perspectivas político-jurídicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 221 e 223.

1.2. *Direito Internacional Penal*

O Direito Internacional Penal (estrito senso) – matéria deste trabalho – cuida de disciplina do direito internacional (sentido largo), que recolhe o ‘sistema global de proibições e sanções individuais’. Nessa diretriz, abrange a proteção penal da comunidade internacional e dos bens jurídicos supranacionais, através da previsão e julgamento dos crimes transnacionais. Diversamente do direito penal internacional – ramo do direito interno que abrange aspectos de estraneidade e conexão pelo conflito sinalagmático interespaçial de leis entre Estados horizontalmente equivalentes –, o direito internacional penal atine aspectos penais do direito internacional, eleição de bens jurídicos universais e cooperação interestatal em prol de um núcleo institucional superpartes – o Tribunal Internacional Penal.

Segundo Kai Ambos²³, para além da territorialidade e da extraterritorialidade, fala-se na ‘jurisdição universal’ e na ‘complementaridade’, cujas naturezas não se conectam pelo elemento de estraneidade a ordens jurídicas horizontalmente predispostas no conflito interespaçial de leis, mas se resolvem através de um “mandado de optimização jurídico-internacional” – pressuposto político criminal que supera interesses da soberania clássica. Tal complexo normativo visa à repressão e prevenção das violações ao direito internacional propriamente dito, estabelecendo-se por normas de tratados ou convenções metanacionais²⁴.

Significativa causa (e consequência) distintiva do direito internacional penal para com o direito penal internacional é, decididamente, a definição do conceito do crime internacional. Justamente, dessa semântica, advém a (possível) nebulosidade genealógica entre as temáticas: historicamente, o exemplo preambular de crime internacional fora a ‘pirataria’. Sucederam-se preocupações referentes à traficância de escravos, drogas, mulheres e crianças para, finalmente, com o avanço terrorista e a lavagem de dinheiro, exsurgir perfunctória sistematização da delituosidade interestatal (naquela

²³ AMBOS, Kai. Los fundamentos del jus puniendi nacional, em particular su aplicación extraterritorial. *In Estudios de derecho penal internacional*. Lima: 2007, p. 77.

²⁴ DOTTI, René Ariel. Breves notas sobre a emenda n. 45. *In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al* (coord.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 638.

ocasião pretérita, interestatalidade era sinônimo de supranacionalidade²⁵). No entanto, o atual contexto dogmático positivado pelo Estatuto de Roma exclui esses ilícitos do caractere de crimes internacionais (sentido estrito). Obviamente, referidos delitos ‘especiais’, pela plurilocalização, assumem importante expressão, que desperta inúmeras convenções multilaterais de investigação e cooperação internacional. Todavia, pela natureza *não* institucionalizada a um órgão central e superpartes das ofensas perpetradas, atinem ao Direito Penal Internacional. Logo, extrapola a contemporânea medida do Direito Internacional Penal, ora balizada pelo Tribunal Penal Internacional.

Repito: os crimes internacionais objeto do Direito Internacional Penal são delitos de nítida feição político-institucional. Kai Ambos, sob a epígrafe capitular de ‘macrocriminalidade política como objeto do direito internacional penal’, sistematiza: “La ‘macrocriminalidad comprende, fundamentalmente, comportamientos conforme al sistema y adecuados a la situación dentro de una estructura de organización, aparato de poder u otro contexto de acción colectiva, macroacontecimientos con relevância para la guerra y el derecho internacional; ella se diferencia, por tanto, cualitativamente de las conocidas formas ‘normales’ de criminalidad y también de las conocidas formas especiales (terrorismo, criminalidad de estupefacientes, criminalidad económica, etc) debido a las condiciones políticas de excepción y al rol activo que em ésta desempeña el Estado. La macrocriminalidad es más limitada que la ‘criminalidad de los poderosos’, ya que ésta, discutida con frecuencia en la criminología, se refiere por lo general a los hechos cometidos por los ‘poderosos’ para la defensa de su posición de poder, y ni estos ‘poderosos’ ni el ‘poder’ (econômico) que defienden son necesariamente idénticos al Estado o al poder Estatal”²⁶. Coaduno-me à caracterização dessa nota *institucional* da

²⁵ Até pela origem da preocupação dogmática da definição de ‘crimes internacionais’ – pirataria, tráfico, terrorismo –, apesar do advento do Estatuto de Roma, ainda persiste aparente confusão entre direito internacional penal e direito penal internacional. O referido tratado considera outros delitos como ‘internacionais’, demitindo-se da genealogia dessa angústia teórica.

²⁶ AMBOS, Kai. *La parte general del derecho penal internacional: bases para una elaboración dogmática*. Trad. Ezequiel Malarino. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005, p. 44-45.

macrocriminalidade, cuja repercussão incrementa-se por cuidar de espécie criminosa ‘fortalecida pela ingerência do Estado’ em seu conteúdo.

Todavia, impende consignar a possibilidade de perpetração de crimes internacionais por agentes particulares, totalmente estranhos aos quadros ou funções estatais, posição intermédia pesquisada em Alicia Gil Gil: “Si bien es cierto que la limitación a los órganos estatales excluiría la posibilidad de calificar como crímenes contra la humanidad, por ejemplo, los cometidos por una facción rebelde o grupo revolucionario enfrentado al gobierno, lo que no parece deseable, el extenderlo a cualquier tipo de grupo u organización incluiría, por ejemplo, los crímenes cometidos por organizaciones de tipo mafioso o de ideología extremista cuya represión puede asumir perfectamente el ordenamiento interno. Sólo cuando la organización o grupo há alcanzado tal poder que neutraliza el poder del Estado o controla de facto una parte del territorio, puede hablarse de la necesidad de la intervención subsidiaria del Derecho Internacional Penal”²⁷. Ou seja, *cum granu salis*, admite-se o cometimento dos graves crimes, quando codificados pelo Estatuto de Roma, por particulares, uma vez observada a contundência plausível de infirmar a própria governabilidade local.

Kai Ambos defende tal possibilidade, admitindo que a superafetação ocasionada pelo crime, em certas hipóteses, dá-se ao menos por omissão do próprio Estado, desencadeando verdadeira problemática de ‘autolegitimação’ ou da aplicação da máxima normativa do ‘ne venire contra factum proprium’. “El concepto de macrocriminalidad política comprende, ciertamente, también a los crímenes internacionales de actores *no estatales*. En cuanto a esto, es de importancia secundaria si estas actividades pueden ser atribuídas al concepto tradicional de macrocriminalidad. En su favor hablaría el hecho de que también em estos casos el Estado territorialmente competente sería responsable, al menos por omisión, de no garantizar a sus ciudadanos la protección de derecho constitucional e internacional que les corresponde”²⁸, obviamente, apenas em se tratando dos graves delitos internacionais que afetam a própria consistência dos poderes constituídos.

²⁷ GIL, Alicia Gil. Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de ‘los elementos de los crímenes’. In: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de. (org.). *O direito penal no Estatuto de Roma: leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 231.

²⁸ AMBOS, Kai. *La parte general del derecho penal internacional: bases para una elaboración dogmática*. Trad. Ezequiel Malarino. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005, p. 45.

Cassese²⁹ menciona que os crimes internacionais no sentido estrito (adotado pelo Tratado de Roma) seriam graves violações às regras do direito internacional³⁰, elencando pressupostos comuns: (a) os ilícitos devem violar o direito consuetudinário supranacional ou os tratados vigentes; (b) as regras desobedecidas aludem a valores precípuos da comunidade internacional, sendo inerentes à grande maioria ou totalidade dos Estados e indivíduos; (c) interesse universal de repressão, uma vez que quaisquer Estados poderiam investigar e julgar os suspeitos; (d) finalmente, o agente deve exercer função oficial do Estado e responder individualmente, sem invocação da teoria do órgão. A quadratura não inclui delitos graves e, potencial ou necessariamente transnacionais, como tráfico, contrabando, terrorismo, etc. Observe-se peculiaridade do item 'a': enquanto os crimes internacionais fazem parte do direito consuetudinário e afetam não apenas a própria sanidade institucional do Estado, mas a condição existencial da nação, a traficância, lavagem, etc, são previstos em tratados internacionais ou resoluções de algumas organizações, sendo perpetrados *contra* o Estado³¹. Aspecto de distinção, explicável pela teoria das fontes: contrário ao panorama do direito penal internacional, o Direito Internacional Penal e seu objeto precípuo – os crimes internacionais – consagram-se diuturnamente pela normatividade costumeira, jurisprudencial e tratadista, em sistema normativo deveras flexível, que por vezes se remete às regras internas dos Estados-partes (art. 21 e 38 do Estatuto), denotando o universalismo da jurisdição a ser consolidada por '*jus cogens*'.

Embalde, a distinção dogmática hoje acertada pelo tratado romano, para além da consideração acerca dos bens jurídicos ou plurinacionalidades

²⁹ *Apud* JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. O direito penal internacional e os crimes internacionais. In GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (coord.). *Temas de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 77.

³⁰ De fato, a semântica 'grave violação aos direitos humanos internacionais' configura conceito jurídico indeterminado, cujo conteúdo é preenchido pela noção de direito costumeiro. Dalièle Lochak destaca: "La répression internationale de certains crimes se justifie par deux types de considérations: d'une part, l'idée que ces crimes, en raison de leur nature, concernent la communauté internationale tout entière; d'autre part, lê constat, que, à défaut de répression internationale, ces crimes, en dépit de leur gravite, risqueraient de rester impunis. La liste de ces <crime internationaux> - qui peut varier en fonction des textes – inclut toujours au moins lê génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre". LOCHAK, Dalièle. *Les droits de l'homme*. Paris: Éditions La Découverte, p. 54.

³¹ JANKOV, Fernanda F. Fernandes. Processo de elaboração do direito internacional penal: o papel das fontes no conceito de crimes internacionais. In *Revista do Curdo de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas*, SP, v. 20, n. 28, 2006, p. 66.

afetadas pelos crimes, atendeu a paradigmas técnicos³² estruturantes e recorrentes à organização da agenda dialogal das nações (em especial, influenciada pelo prisma da ONU). A coerência (ou tendência) da legislação eminentemente supranacional é, justamente, abstrair do legado pragmático dos costumes, a abstrativização em prol do direito positivado. As práticas meramente ideológico-políticas adotadas pelo direito penal de transição, dos Tribunais ‘*ad hoc*’ de Nuremberg e Ruanda, legaram a necessidade da ‘segurança jurídica’ pré-codificada aos fatos em exame. Daí, a história anunciou que o Estatuto de Roma não deveria criminalizar ou sancionar com base em direito costumeiro, apesar dessa fonte tradicional ter influenciado grandemente a atual codificação de alguns dos crimes demarcados no tratado do TPI.

Definitivamente, os costumes e a experiência jurisdicional dos tribunais do direito penal de *transição* (‘*ad hoc*’) ilustraram os Estados acordantes que, comprometidos à máxima da legalidade, elencaram os crimes internacionais na positivação do Estatuto de Roma. Hoje, são crimes internacionais (sentido estrito): o crime de guerra, contra a humanidade, de genocídio e agressão. Ilícitos que delimitam a presente monografia e, no sentido estrito, comportam o significado contemporâneo dos ‘crimes internacionais no sentido estrito’, objetos de julgamento da jurisdição universal independente e autônoma do Tribunal Penal Internacional³³ – paradigma institucional do atual direito internacional penal.

De fato, o referido tratado pautou marco de porvir dogmático do Direito Internacional Penal. Kai Ambos³⁴ assegura a contemporânea ampliação do âmbito normativo e dos fundamentos materiais não apenas dos crimes e dos procedimentos, como estabelecimento de setores acessórios, tais qual o direito sancionatório, a execução das penas e a cooperação internacional. Tudo sob a autonomia codificada que verticaliza o sistema à Corte Internacional Penal. “La cooperación vertical se diferencia de la cooperación *horizontal* entre Estados soberanos de igual jerarquía, en que en ésta no existe una obligación de

³² Ao me reportar à ‘técnica’, consigno implícito tanto aspectos administrativos da corte como peculiaridades orçamentárias.

³³ A diferenciação racionada, inclusive, fomenta outra reflexão: mais interessante que utilizar a terminologia Tribunal Penal Internacional, seria lançar a expressão Tribunal Internacional Penal – consentâneo à supranacionalidade vertical da instituição.

³⁴ La internalización del derecho penal y América Latina. *In Estudios de derecho penal internacional*. Lima: 2007, p. 64.

cooperación general del Derecho internacional, sino que depende de las decisiones soberanas de los Estados afectados. Por ello, este tipo de cooperación tiene numerosas condiciones, como por ejemplo, el principio de reciprocidad, la consideración de determinados impedimentos, etc., que la tornan pouco eficiente. El fin de un sistema (regional) eficiente de cooperación horizontal justamente tiene que consistir en la reducción de estos impedimentos³⁵ – teleologia universalista pautada na agenda supranacional, deveras estranha aos patamares deontológicos do direito penal internacional acima classificado.

Para alguns, a diferença entre o *direito internacional penal* e o *direito penal internacional* amealha virtualidade meramente acadêmica. Todavia, a leitura disjuntiva, quiçá de fagulhas inesperadamente tecnicista, torna-se peremptória ao desenlace compreensivo do Tribunal Penal Internacional enquanto verdadeira conquista da humanidade. Os mecanismos outrora horizontais, hoje dispõem de instituição verticalizada, permanente e suprapartes estatais. Nada mais natural que, para coerente examínio do ‘novo’, despertem-se consentâneos pontos de ‘novas’ observações, de molde a nos reportar fidedignidade ao (*rectius*) Tribunal *Internacional Penal*³⁶.

1.2.1. Fontes do Direito Internacional Penal

A sistematização das diferenças entre o Direito Penal Internacional e o Direito Internacional Penal possibilita examinar algumas *consequencias* dessa repartição. Com efeito, se a metodologia de cada uma das disciplinas é autônoma, natural que também o seja a questão atinente às fontes jurídicas – matéria-prima normativa da tipificação dos crimes internacionais no sentido estrito.

³⁵ AMBOS, Kai. La implementación del estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania. *In Estudios de derecho penal internacional*. Lima: 2007, p. 339.

³⁶ Por todas considerações do presente capítulo, resta evidente que a tradução ‘Tribunal Penal Internacional’, de alguma forma, rarefaz a pureza da semântica ‘direito internacional penal’. Seria mais correto o denominar ‘Tribunal Internacional Penal’, porque ora julgador dos crimes internacionais no sentido estrito. Entretanto, para fins de fixação do ensaio, continuarei utilizando, também, a expressão doutrinariamente divulgada.

Nessa porfia, o art. 21 do Tratado de Roma estabelece ordem de prejudicialidade das normas ponderáveis aos casos a serem julgados pela Corte: (a) em primeiro lugar, incide o próprio Estatuto, pertinente aos requisitos dos crimes (tipicidade) internacionais típicos e ao regulamento processual; (b) em seguida, faculta-se aplicação aos tratados e às normas do direito internacional; (c) na falta dos dois primeiros, manejam-se os princípios do direito abstraídos do direito interno dos diferentes sistemas jurídicos existentes, incluindo, se for o caso, o direito doméstico dos Estados que exerceriam normalmente a sua jurisdição relativamente ao crime, sempre que esses princípios não sejam incompatíveis com o Tratado.

Além dessa *pirâmide* das fontes jurídicas, a alínea 2 do art. 21 explicita valência de normatividade (*rectius*, coercibilidade) à jurisprudência da Corte Internacional de Haia, ao dispor que “o Tribunal poderá aplicar princípios e normas de direito tal como já tenham sido por si interpretados em decisões anteriores”. Peculiaridade que demonstra influencia da *common law* na pragmática estatutária.

2. Axiologia do Tribunal *Internacional Penal*

O Tribunal Penal Internacional funda-se em tríade valorativa, causa e decorrência da universalização³⁷ dos direitos humanos na totalidade. Uma concepção *cultural* do Direito subentende *finalidades* que, analogamente, sintetizam *valores*, a saber: a (a) dignidade da pessoa humana, a (b) jurisdição universal e o (c) valor da complementaridade.

Esse tripé semântico positiva-se nos tratados e nas normas constitucionais de diversos Estados. Formalmente, até chegariam a assumir caracteres de ‘princípios’, cuja força normativa é inegável. Todavia, classifico essas espécies enquanto ‘valores’, pelo fato delas sinalizarem indicações finalístico-ideais, ombreadoras da otimização da vida no planeta e, quiçá, sufragadoras das necessidades práticas da própria subsistência da espécie humana. Ou seja, para além do deontico, o axiológico visualiza metas diuturnamente almejadas, propulsionando o horizonte de ‘para onde’ o Direito

³⁷ CUNHA, Guilherme da. As dimensões política e humanitária da criação do Tribunal Penal Internacional. *in Revista do Centro de Estudos Jurídicos*, Brasília, CJE, vol. 11, ano 2000, p. 14.

Internacional Penal está evoluindo – e não, apenas, ‘onde’ o Direito Internacional Penal se encontra.

Abaixo, refiro o *tripé*³⁸ *valorativo* do Estatuto de Roma. Constituem reflexos da escola culturalista do Direito (=fato normado).

2.1. Dignidade da pessoa humana

O Direito Constitucional é ramo do Direito Público inerente à basilar organização e funcionamento do Estado. Avultou-se, normativamente, da preocupação – oriunda da latente soberania popular – de limitação sistêmica³⁹ do poder. Para tanto, o movimento constitucionalista consagrou-se por mecanismos precípuos de controlabilidade da autoridade no sentido material: a separação dos poderes (com a respectiva coordenatividade das tarefas estatais); e a consagração dos direitos humanos, matéria-prima topologicamente estipulada como ponto de partida e verdadeira meta axio-deontológica limitadora dos pretensos abusos burocráticos eventualmente observados. Dentre essas realidades, deduz-se pressuposição da condição humana. Ora, se o poder – funcionalmente – existe para a boa convivência social dos indivíduos, quaisquer tarefas formais de organização (separação dos poderes⁴⁰) impulsionam-se da ontologia racional humanista, isto é, a própria

³⁸A sistematização imbrica-se à concepção do “Direito igual a fatos normados”. Ora, a *triade valorativa* evidencia fato (dignidade humana pela condição da espécie) mais argumentos institucionais (jurisdição universal e complementariedade), que representam normas programáticas a serem efetivadas.

³⁹ Situado a compleição ‘sistêmica’ no sentido operacional do encerramento da teoria luhmanniana. Com efeito, os sistemas sócio-normativos são analisados de maneira bifronte: por ‘dentro’, numa coordenatividade homogênea a horizontal (equivalente à separação dos poderes); e por ‘fora’, de molde heterogêneo, como fator de diferenciação e recíproca limitação do exterior-interior (poder em relação aos direitos humanos). Trata-se de antítese filosófica: definindo o que ele é, acaba por caracterizar o que ele não é. Verificar LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009. Em especial, p. 80 e seguintes.

⁴⁰ Embora inicialmente depreendido como princípio fundamental para organização do Estado moderno, a separação dos poderes não é um valor em si mesmo. Ana Paula de Barcellos refere que a formulação das funções estatais “derivou da percepção histórica de que o poder concentrado, sem controle, tende sempre a ser exercido de forma abusiva, arbitrária ou caprichosa, em detrimento daqueles que lhe estão subordinados, de modo que, em se tratando do poder político, era imperioso dividir seu exercício para que as liberdades e os direitos dos indivíduos fossem preservados”. A precisão da autora converge ao entendimento da natureza material do Estado efetivamente ‘democrático’ – ao invés da retórica de governo do povo e para o povo, ‘democracia’ significa consagração dos direitos humanos como vértices do sistema de sustentabilidade da relação Estado-cidadão. Ver BARCELLOS, Ana Paula de. A

sobrevivência/coexistência digna. Em outras palavras, os direitos humanos – matizes valorativos (ou princípio reitor⁴¹ normativo) do neoconstitucionalismo –, a despeito da inicial imprecisão conceitual, verticalizou a própria gênese do Estado Constitucional atual. Cláudio Ari Mello⁴² remata, ao inferir que os direitos humanos consubstanciam o eixo normativo em torno do qual devem se ajustar e movimentar as relações públicas e privadas da vida comunitária⁴³.

Com efeito, a origem dos direitos humanos arraiga-se à noção da dignidade da pessoa humana, que se trata de valor fundante desenvolvido a partir da tradição cristã⁴⁴ ocidental e da filosofia kantiana. Definitivamente, a racionalidade antropocentrada de Kant, caracterizadora dos seres humanos como ‘finalidades em si mesmos’, diagnosticou a dúlice atribuição da dignidade: vértice de partida valorativo e valência promocional teleológica de todas as ações estatais. Agora, para uma existência digna, faz-se mister assegurar os mínimos direitos humanos à liberdade, providência e participação política dos indivíduos, à medida que, segundo Marcelo Novelino⁴⁵, torna-se inexpugnável a relação de interdependência entre a dignidade e seus consectários – os direitos humanos. Ou seja, o conteúdo material da dignidade humana depende precipuamente do elenco dos direitos humanos, em relação de complementaridade recíproca.

eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 215.

⁴¹ Desde a noção kantiana, o conceito de sistema organiza-se ao entorno de um seu princípio unificador. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais. In: WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 140.

⁴² MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 125.

⁴³ A concepção de que os direitos humanos precedem a limitação do poder (inclusive, antecedendo a própria separação dos poderes – rele mecanismo funcional de restrição sistêmica) é também interpretada pela então Desembargadora Federal – hoje magistrada do TPI –, Sylvia Helena Steiner, ao referir que a origem da preocupação com os direitos fundamentais avultam sob duas premissas basilares: debates sobre a tolerância religiosa, pela laicização do Estado e aceitação do protestantismo no século XVII e pretensão burguesa de participar das decisões sufragada na premissa da liberdade e da igualdade. Ver STEINER, Sylvia Helena F. Tribunal Penal Internacional – a proteção dos direitos humanos no século XXI. In: *Revista do Advogado*, Publicação da Associação dos Advogados de São Paulo, ano XXII, n. 67, agosto de 2002, p. 71.

⁴⁴ Em diversas passagens, a Bíblia é expressa ao referir a igualdade entre os homens, corolário da derivação do ser humano em relação à divindade. Vide o livro ‘Gênesis, capítulo 5, versículo 1’: “No dia em que Deus criou o homem, à semelhança de Deus o fez”.

⁴⁵ CAMARGO, Marcelo Novelino. O conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Leituras complementares de constitucional: direitos fundamentais*. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 116.

Advém aparente paradoxo (político) evolucionista: no contexto inicial do constitucionalismo, os direitos humanos foram antitéticos – por limitadores – à concepção de poder estatal; atuaram no sentido ‘negativo’ para refrear os abusos do absolutismo. Atualmente, na senda pós-positiva, atribuem-se-lhes intrínseca legitimação democrática: afinal, a dignidade da pessoa humana – e por decorrência consequencial, os direitos humanos – elevaram-se a valor supremo dos contemporâneos ordenamentos jurídicos deste século. E tal fenômeno representa não apenas a reconstrução da racionalidade da dignidade humana posterior à segunda guerra mundial, como a ênfase de novo aspecto da soberania dos Estados, assevera Flávia Piovesan⁴⁶.

O nazismo demonstrou que a condição humana não é propriedade de nenhum Estado que se intitula de direito. Em contrapartida, a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir a domínio reservado de quaisquer países e das respectivas soberanias, porque revela interesse da comunidade internacional para preservação da própria espécie racional! Logo, os Estados devem participar dessa nova ordem social internacional demonstrando o que têm de comum – o interesse na promoção da dignidade humana: facilitando essa proteção no plano global-universal, demonstra ato da (nova) soberania por excelência. Do contrário – ao Estado que se demite do dever-poder de proteger a dignidade do homem –, carece mínima legitimação sócio-política de sustentabilidade jurídica: contra eles, pesa a nota da ausência de sustentabilidade jurídica.

A despeito do local onde se encontrar, toda pessoa humana merece a tutela do Direito que, no caso dos graves crimes contra a humanidade, é realizada (complementarmente) pelo Tribunal Internacional Penal. Aspecto valorativo reflexo da concepção culturalista do Direito (=fato normado).

2.2. *Jurisdição universal*⁴⁷

⁴⁶ PIOVESAN, Flávia. Princípio da complementaridade e soberania. *In Revista CEJ*, n. 11, ago/dez 2000, acessado na Internet em abril/2011: www2.cjf.jus.br

⁴⁷ Recapitulando reflexão anterior, esse princípio não é sinônimo da norma da ‘justiça universal’, reflexo da extraterritorialidade e previsto no direito interno (Código Penal brasileiro, art. 7º., II, ‘a’). A ‘justiça universal’ é paradigma do direito penal internacional, não do direito *internacional* penal, objeto das presentes linhas.

Mitigando axiomas clássicos da soberania depreendida no direito continental, o Tribunal Penal Internacional recolhe pretensão globalizante. Assim, cada Estado-parte deve julgar o seu próprio nacional pelos crimes graves contra a humanidade, sendo impassível de alegação que os “regramentos do Estado estrangeiro onde o delito foi eventualmente cometido não têm correspondência no país de onde o criminoso é natural ou, ainda, absolvê-lo por instrução probatória deficiente. Ou julga, ou entrega ao TPI para fazê-lo”⁴⁸. Trata-se de apanágio da natureza ‘permanente’ da corte, com foro e jurisdição para processar e julgar qualquer indivíduo, de qualquer Estado-parte⁴⁹, independentemente de onde estiver, pelos crimes de lesa-humanidade, de guerra e de genocídio. Em um primeiro momento, os Estados devem julgar – por questão de territorialidade – os crimes internacionais praticados nos seus limites geográficos: aplicação da máxima complementaridade, examinada abaixo; em caso de inércia, a competência ultima-se no TPI. Como não admite reservas às suas diretrizes (art. 120), estipula-se duplo dever de investigação e julgamento: aos Estados-partes e à Corte Internacional.

Todavia, pairam críticas às condições prévias ao exercício da jurisdição do Tribunal Penal Internacional (art. 12). Segundo Kai Ambos⁵⁰, a sistemática de adstringir a competência da Corte apenas aos Estados-partes ou àqueles que aceitarem, ‘*ad hoc*’, a jurisdição permanente, exclui significativa gama de conflitos contra a humanidade. De fato, a propalada jurisdição universal é, tecnicamente, condicionada à territorialidade do fato-crime ou à nacionalidade do agente – em ambas as situações, alternativamente, deve-se identificar elemento de ‘conexão’: o local do evento ou a participação de pessoa nacional de algum dos Estados-parte. Ressalvada a hipótese da intervenção do Conselho de Segurança da ONU (capítulo VII da Carta das Nações), forte no art. 13, ‘b’, do Estatuto – neste caso sim, a jurisdição é cosmopolita ou universal. Justamente, por remeter a jurisdição universal ao consenso do Estado nacional respectivo, que persiste confusão acerca da diferenciação

⁴⁸ Alexandre Concesi, *op. cit.*, p. 12.

⁴⁹ Inviável que um Estado-parte alegue inexistência do crime internacional em seu próprio ordenamento jurídico. Com efeito, o Estatuto de Roma enumerou lista tipificada dos delitos sujeitos à jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Mais que isso, em termos precisos, elaborou verdadeiro ‘código internacional criminal’. Logo, a utilização do Tratado – como lei universal, supranacional, de natureza protetiva dos direitos humanos – é admitida a todas cortes do planeta, sejam locais, regionais ou supranacionais.

⁵⁰ AMBOS, Kai. A nova Corte Penal Internacional. O difícil equilíbrio entre uma persecução penal eficiente e a ‘*realpolitik*’. In *Boletim IBCCrim*, n. 70, set/1998, p. 16-17.

entre tal instituto e o da 'justiça universal' (princípio do direito penal internacional).

Apesar da gênese claudicante e permeada por hermenêutica arraigada em institutos clássicos, a grande tendência é que a jurisdição universal assuma ineditismo almejado pelo Estatuto, futuramente se desvinculando da noção extrema da soberania, uma vez vetorizando nova tendência do Direito Internacional Penal no sentido estrito. Reflexo do mundo glocalizado em contínua expansão bem como da efetivação do primeiro valor – a dignidade da pessoa humana.

2.3. Complementaridade⁵¹

Ao invés do princípio da 'primazia'⁵² – adotado nas cortes da ex-Iugoslávia e de Ruanda –, o Estatuto de Roma, expressamente, exclui possível julgamento em duplicidade (*'ne bis in idem'* previsto no art. 20 e art. 1º.). Ou seja, caso já tenha sido julgada em outro tribunal, em regra, no país de origem, afasta-se a competência do TPI. Com Sylvia Steiner⁵³, reconhece-se a prevalência das jurisdições internas no cotejo à internacional, à medida que o Tribunal não antecede ou dispõe de privilégio hierárquico se comparado às instituições nacionais. Na verdade, a corte deve ser compreendida como um *'plus'*. Para Flávia Piovesan⁵⁴, uma garantia programática a mais à dignidade humana, no sentido de que os Estados devem se aprimorar para o julgamento de seus nacionais; apenas ao vacilarem, a questão será submetida à jurisdição de reserva.

⁵¹ Apesar de festejado, o princípio da complementariedade merece atenção dos operadores e teóricos. Observe-se que, em 05/11/2006, após um julgamento conturbado, o tribunal iraquiano condenou Saddam Hussein à [pena de morte](#) por [enforcamento](#) por crimes contra a humanidade. No dia [26/12/2006](#), um tribunal de apelação do Iraque confirmou a sentença contra o ditador. À míngua das considerações político-ideológicas, chama atenção a 'urgência' que permeou o julgamento por uma corte especial daquele país invadido. Diversas vezes, inclusive, o acusado referia-se ao inquiridor refutando a legitimidade daquela instrução, alegando que tudo era produto da influência de Bush. Ver http://pt.wikipedia.org/wiki/Saddam_Hussein, acesso em 10/04/2011.

⁵² 'Primazia' representou um poder advocatório (porque potestativo).

⁵³ *Op. cit.*, p. 75.

⁵⁴ PIOVESAN, Flávia. Princípio da complementaridade e soberania. *In Revista CEJ*, n. 11, ago/dez 2000, acessado na Internet, em abril/2011: www2.cjf.jus.br

O julgamento pelo TPI é exasperador, subsidiário, complementar, situação que lhe confere legitimação política por privilegiar os padrões da justiça local. Apenas nos casos de tentativa de fraude – especificados pela subtração dos acusados à responsabilização ou ausência de imparcialidade e vícios processuais garantistas (art. 30, ‘3’) –, a jurisdição universal decide a celeuma independentemente da solução examinada pelas instituições nacionais.

3. Deontologia do Tribunal *Internacional Penal*

A perspectiva do neoconstitucionalismo revolucionou a metodologia jurídica, seja propondo inéditos padrões filosóficos como, também, estipulando novas tendências normativas. No plano teórico-normativo, descortina-se a influência dos valores, dos princípios e das regras, todos os quais a representarem aspectos de uma profusão lingüístico-operativa, de maneira se conferir maleabilidade às construções hermenêuticas.

Nos moldes teórico-normativos, que ora interessam, pode-se alinhar duas perspectivas: (a) uma primeira, de cunho histórico-cultural⁵⁵ e a outra, (b) de natureza funcional. Elas não deixam de coordenarem diretrizes, pela indelével coarctação do histórico ao jurídico. Entretanto, em vista do apertado dessas linhas, resumo os comentários ao caráter funcional da sistematização, à medida que a intercorrência histórica fomentaria contundente retorno à etiologia multifatorial da deontologia do TPI – questão de complexidade extrema.

A classificação funcional entre as *garantias* e os *princípios* correspondente a contornos pragmáticos. Vale dizer, atine às *funções* que tais espécies desempenha(ra)m no certame jurídico: (a) no sentido clássico⁵⁶, ‘garantias’ representam institutos processuais e, por isso, com função de *salvaguarda* (vedação do retrocesso); em contrapartida, (b) ‘princípios’ denotam normativas percebidas no Direito Internacional Penal material, cuja função concebe *previsibilidade* às ponderações jurisdicionais. Cediço que inexistente pureza entre um caractere do processo e estoutro, do direito material; logo, tal classificação assegura tendenciosa, apesar de significativa

⁵⁵Em termos históricos, a pesquisa talvez aprofundasse monografia específica.

⁵⁶Ao comentar o sentido “clássico”, evidencia-se o contato entre o *histórico* e o *funcional*.

compreensão dos relevantes aspectos do Tribunal Internacional Penal, em se considerada a totalidade do Estatuto de Roma no cotejo aos ditames da teoria geral do direito e do processo penal.

As 'garantias' possuem enfoque de cariz *técnico*, mantenedoras de prerrogativas processuais, porquanto seduz eficácia de 'trincheira' (vedação do retrocesso). Avançando na reconstrução neopositiva da ordem jurídica, os 'princípios' raciocinam abertura⁵⁷ cognitiva do sistema, para além da mera *técnica regrada*. Deveras, hoje se dispõem das normas em constante diálogo, todos sufragados culturalmente pelos precípuos valores que vetorizam as tendências ético-sociais em profusão.

Além do funcional, a decantação abaixo proposta não deixa de assumir foros dogmáticos. Com efeito, malgrado a impossível pureza classificatória – porque garantia e princípios miscigenam-se no desenlace evolutivo –, o Tratado de 1998 recolhe capítulos emblemáticos: no Capítulo III, arts. 22 a 33, tem-se os “Princípios Gerais de Direito Penal”, com significativa parcela dos 'princípios' do Tribunal; no Capítulo VI, encontram-se os “Direitos do Acusado”, nos quais reportam-se inúmeras 'garantias'. Claramente, o aspecto dogmático soma-se à sistematização pelas funções.

3.1. Garantias (processuais)

O Capítulo VI, do Estatuto de Roma, elenca diversas prerrogativas processuais do acusado. Cediço que um 'estatuto' significa regulamento com disposições materiais e processuais (vide o Estatuto da Criança e do Adolescente). Logo, a sistematização e os comentários propostos assumem caráter exemplificativo, na tentativa de introduzir os valiosos acenos normativos no Tribunal *Internacional* Penal, uma vez inexistir depuração absoluta na divisão proposta (garantia e princípio) tampouco possibilidade da concentração positiva das garantias no bojo de unívoco capítulo.

⁵⁷A ortodoxia dos “sistemas” supõe *cognitividade aberta* e *operatividade fechada*. No Direito Internacional, pelas peculiaridades culturalistas (transestatais), observo uma fenomenologia de *abertura* bifronte – tanto na *cognição* quanto na *operação*. Basta cotejar o valor da complementariedade: ele nada mais representa que uma subsidiária *abertura*.

3.1.1. Institucional

No cenário internacional – palco de macroinfluenciação dos interesses globalizados –, a proporcionalidade também assume dúplice vertente: o imperativo de tutela (proteção) não apenas reprime abusos como exige a institucionalização de normas e mecanismos para efetivação das máximas da humanidade. Logo, superada a discussão do ‘se’ deveria haver punição aos criminosos pelo direito internacional penal. Atualmente, desencadeia-se a questão do ‘como’ fazê-lo: através da instituição do tribunal permanente, independente, complementar e universal – no caso, o Tribunal Penal Internacional⁵⁸.

Definitivamente, o Estatuto de Roma, além de tipificar delitos contra a humanidade, estabelece medidas instrumentais de punição e garantias ao acusado. Cumpre a preordenação bifronte da proporcionalidade (a vedação do excesso e a vedação da proteção deficiente). Trata-se da justicialização⁵⁹ dos direitos da humanidade. Esse panorama (nos termos da tradição continental) contrapõe-se à clássica percepção da soberania e respectivos desdobramentos instrumentais: a territorialidade e a proteção dos nacionais. Segundo Alexandre Concesi⁶⁰, tais noções advindas da idade média fincam “limites à justiça”, pontualmente por elidirem da persecução, pela qualificação subjetiva, diversos atentados à humanidade. Afinal, testemunha-se época de ductibilização do

⁵⁸ Além das questões jurídico-políticas, Guilherme da Cunha ressalva o aspecto humanitário do TPI: o desafio da instituição é garantir a segurança dos indivíduos; não há segurança aos Estados caso inexista segurança aos cidadãos, à medida que a perpetuação da insegurança desencadeia movimentos de refugiados, êxodo e diversas vicissitudes a sobrecarregarem a incerteza no cenário internacional. CUNHA, Guilherme da. As dimensões política e humanitária da criação do Tribunal Penal Internacional. *in Revista do Centro de Estudos Jurídicos*, Brasília, CJF, vol. 11, ano 2000, p. 15.

⁵⁹ À medida que a justicialização (ou jurisdicinalização) dos crimes graves internacionais contra os direitos humanos protege, imediatamente, as prerrogativas da primeira dimensão, inviável se argumentar suposta ‘judicialização da política’ pelo advento do Tribunal Penal Internacional. Cediço que, mormente no plano supranacional, político e jurídico apresentam pontos de contato. Outrossim, a tutela – no caso – garante a primeira geração dos direitos humanos, especialmente atinente à vida, à liberdade e à qualidade mínima existencial. Logo, tratam-se de direitos cuja exigibilidade perante as ordens instituídas é imediata: fator a distanciá-la do fenômeno da ‘judicialização da política’ – nesta, a exigibilidade deveria ser progressiva, como acontecem nos direitos sócio-econômicos, de segunda dimensão. Ver MELO, Ronivalda de Andrade; BEZERRA, Ana Elisabete Tavares (org.). *Anais do seminário internacional ‘os desafios contemporâneos para os direitos humanos’*, 23 a 25 de fevereiro de 2005, Recife-PE. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 2005, p. 157.

⁶⁰ O autor reconstrói, como origens da soberania, o contratualismo feudal: em troca da proteção do suserano, titular unívoco do poder de punição dos próprios súditos, os vassalos creditavam obediência ao senhor. Ver CONCESI, Alexandre. A jurisdição universal. *In Boletim científico*, Escola Superior do Ministério Público da União, ano II, n. 8, jul/set 2003, Brasília, p. 11.

direito: soma-se à constitucionalização do direito internacional a internacionalização do direito constitucional – havendo interação em prol do referencial ético, a dignidade humana. Fenômeno analisado por Flávia Piovesan: “nenhum direito é verdadeiramente assegurado se não for resguardado por uma corte competente. As cortes internacionais simbolizam e fortalecem a ideia de que o sistema internacional dos direitos humanos é um sistema de direitos legais, que compreende direitos e obrigações juridicamente vinculantes. A ideia de Estado de direito, e desse Estado de direito global, requer a existência de cortes imparciais, internacionais, capazes de proferir decisões obrigatórias e vinculantes. Vive-se hoje, sobretudo, o processo de justicialização (jurisdicionalização) do direito internacional dos direitos humanos, que contribuirá para reduzir o grau de politização desse sistema”⁶¹.

Com Salo de Carvalho⁶², desde uma perspectiva heteropoiética de funcionalização da (neo)soberania em privilégio dos direitos humanos, o Estatuto de Roma aprimorou dogmática idônea da tutela da humanidade: (a) elaborou estruturas normativas a possibilitarem sanções aos praticantes de graves crimes contra a dignidade da pessoa humana; bem como (b) edificou sistema de jurisdição internacional para efetivação desses valores. “Não obstante as previsões normativas, imprescindível a capacitação de órgãos jurisdicionais, visto que as normas, por elas mesmas, não garantem absolutamente nada, se não forem amparadas por sistemas legítimos de processualização, julgamento e punição das lesões aos direitos”⁶³. Fatores expressamente contemplados no Estatuto de Roma, segundo trecho do preâmbulo do Estatuto de Roma: “Afirmando que os crimes de maior gravidade, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto, não devem ficar impunes e que a sua repressão deve ser efetivamente assegurada através da adoção de medidas em nível nacional e do reforço da cooperação internacional, decididos a pôr fim à impunidade dos autores desses crimes e a

⁶¹ PIOVESAN, Flávia. Princípio da complementariedade e soberania. In *Revista CEJ*, n. 11, ago/dez 2000, acessado na Internet em abril/2011: www2.cjf.jus.br

⁶² CARVALHO, Salo de. Os fundamentos do Tribunal Penal Internacional e sua incorporação no direito interno. In: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de. (org.). *O direito penal no Estatuto de Roma: leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 83-4.

⁶³ *Idem*, p. 84.

contribuir assim para a prevenção de tais crimes”, os Estados-partes convencionaram a instituição do Tribunal Penal Internacional.

Os direitos fundamentais, através do cunho objetivo, merecem proteção efetiva. A proporcionalidade bifronte expressa-se, institucionalmente, pela tutela judicial/jurisdicional concretizadora dessas prerrogativas substanciais. A Corte Permanente de Haia salienta uma faceta deontológica desse fenômeno⁶⁴.

3.1.2. Competência

A delimitação da jurisdição do Tribunal Internacional Penal estabelece quatro critérios de competências, cuja leitura coordenada se positiva no Estatuto: em razão da (a) matéria, pela ocasião (b) temporal do fato-crime⁶⁵, do (c) lugar e na virtude da (d) pessoa.

a) *Ratione materiae*: os delitos internacionais atentam contra valores relevantes da humanidade, ressalvados peremptórios pela comunidade internacional, a respeito dos quais se formou convicção⁶⁶ no sentido do dever da tutela (juridicizada e justicializada). Os artigos 6º. a 8º. do Estatuto de Roma apontam descrição básica dos delitos de genocídio, contra a humanidade e de guerra. Entretanto, a tipificação pormenorizada desses eventos, com respectivos elementos e circunstâncias, fora objeto de um anexo ao Tratado, denominado ‘elementos dos crimes’.

Cedendo às pressões dos Estados Unidos da América, o Tratado de Roma previu a cláusula *opt-in* em relação aos crimes de guerra (art. 124). Isto é, a adesão de algum Estado ao Estatuto não o vincula, automaticamente, à jurisdição do TPI, significando exceção ao art. 12. Clarividente o interesse político ianque pela vinculação dessa espécie delitiva à dupla aceitação. Atinente aos demais crimes submetidos à jurisdição internacional, inexistente a

⁶⁴ Trata-se de fenomenologia de neoinstitucionalismo, na esteira de Neil MacCormick.

⁶⁵ Há respeitosa doutrina que, a esta classificação, acrescenta a competência *ratione loci* (art. 12 e 13) e a *ratione personae* (art. 1º., 25 e 26). Particularmente, penso que a primeira apenas ratifica o caráter ‘convencional’ da jurisdição pretensamente universal, ora estipulada no Estatuto de Roma; esta segunda, ao invés de competência, cuida realmente de questões de imputação individual da responsabilidade. Ver JANKOV, Fernanda F. Fernandes. Processo de elaboração do direito internacional penal: o papel das fontes no conceito de crimes internacionais. In *Revista do Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas*, SP, v. 20, n. 28, 2006, p. 54.

⁶⁶ A pretensa ‘convicção’ é objeto de tremendas vicissitudes históricas. As mais significativas são demarcadas por dois episódios recentes: o holocausto da segunda guerra mundial e os ataques terroristas de 11/09/2001.

ressalva, vigorando o consenso imediato (*opt-out*). Observada a limitação temática, examinarei alguns aspectos da normatividade central.

b) *Ratione temporis*: o Tratado regula (art. 11): “O Tribunal só terá competência relativamente aos crimes cometidos após a entrada em vigor do presente Estatuto”. Se algum Estado ratificar o acordo internacional posteriormente, somente para os fatos ocorridos após essa formalização é que a jurisdição (universal) da Corte poderá efetuar julgamento. Atitude que representa completa inovação do panorama ‘excepcional’ institucionalizado pelos organismos ‘*ad hoc*’ da segunda guerra e da década de 1990⁶⁷.

Com efeito, o Estatuto congrega deontologia do direito e do processo penal. É reunião híbrida de normas. Os processualistas trazem bem presentes o princípio da ‘imediatez’ para os atos processuais; de outro lado, no direito material, tem-se verdadeira regra da ‘irretroatividade’. A simbiose diretiva não causa dúvidas: prevalece a proteção garantística do direito penal com espeque na irretroatividade dos institutos e da competência inauguradas pelo TPI.

c) *Ratione loci*: impende uma distinção – competência em razão do lugar é modalidade diferente da abrangência da jurisdição do Tribunal Internacional Penal. Com efeito, em virtude da própria axiologia da ‘universalidade’, mesmo situado em Haia, a Corte possui jurisdição possível de incidência, em tese, sobre toda superfície do planeta, desde que atendidos determinados pressupostos, dentre os quais, a competência *ratione loci* (medida da abrangência pretensamente universal daquela jurisdição).

Daí a importância dos arts. 12 e 13 do Estatuto, por identificar que o Tribunal julga os crimes (uma vez obedecidas as demais competências) praticados nos Estados-partes signatários, ou desde que o agente seja pessoa nacional desses Estados. Excepcionalmente, por interferência do Conselho de Segurança da ONU (art. 13, ‘b’), mesmo aos delitos praticados nos Estados estranhos ao Tratado de Roma, incide a possibilidade do julgamento. Portanto,

⁶⁷Os Tribunais *ad hoc* não ostentavam a nota da permanência. Portanto, julgavam os fatos ocorridos no período delimitado de tempo para o qual foram instituídos.

melhor que falar em competência *ratione loci*, seria a tratar como rele aspecto da jurisdição (pretensamente) universal⁶⁸.

À vista dessas disposições, critica-se o esquecimento do princípio da 'proteção', comumente utilizado em Direito *Penal* Internacional. Ora, e quando as vítimas forem nacionais dos Estados-partes, mas o crime praticado fora do território delas e por agente não abrangido no Estatuto? Laconismo draconiano da referida Carta.

d) *Ratione personae*: os arts. 1º, 25 e 26 do Estatuto mais explicitam regras de imputação que, propriamente, de competência. Com efeito, a Corte tem poder para julgar pessoas físicas maiores de dezoito anos, que sejam responsáveis pelos graves delitos recolhidos das demais delimitações competenciais acima elencadas.

3.1.3.. *Cooperação executiva e entrega de nacionais*

Nossa Constituição Federal veda a extradição de brasileiros (art. 5º., LI), instituto de Direito Penal Internacional (e não Internacional Penal), oportunidade na qual, atendidos certos pressupostos, o tribunal competente de outro Estado julgará algum nacional tupiquinim. As situações previstas no Estatuto de Roma (art. 89) não se tratam de espécie de extradição, mas peculiaridade autônoma – e inédita – em que o acusado será entregue ao Tribunal Penal Internacional.

Entrega de nacional para o TPI não se confunde com a extradição⁶⁹. É reflexo do cumprimento de tratado multilateral⁷⁰ de Roma. Outrossim, em virtude da natureza supranacional da Corte julgadora, inexistente violação de soberania brasileira. Pelo contrário, a execução das decisões dependente da cooperação dos Estados-partes (arts. 86 e seguintes), que devem convergir para tutela efetiva dos direitos da humanidade. Inclusive, no caso de condenação do acusado, ele poderia cumprir a pena no Estado que o entregou,

⁶⁸ A doutrina insiste em meter, no bojo do Direito *Internacional* Penal, caracteres do Direito *Penal* Internacional – competência *ratione loci* é instituo doméstico. Jurisdição universal é outra coisa muito mais abrangente, internacionalista. Todavia, comenta-se para fins de salientar.

⁶⁹ O próprio Estatuto prevê a distinção, art. 102.

⁷⁰ Na extradição, a problemática é horizontal, envolvendo dois Estados soberanos. Surge quando, praticado o delito no território de um país, o responsável refugia-se em outro local independente. Os acordos bilaterais solucionam essas questões, diversamente do conteúdo multifacetado do Estatuto de Roma. Ver VIDAL, Hélio Simões. Direitos humanos e o direito internacional penal. *In Revista dos Tribunais*, n. 877, nov/2008, p. 470 e 482.

demonstrando a extraordinariedade do instituto, cuja sistemática é compatível ao regulamento pátrio⁷¹.

3.1.4. *Imunidades 'propter officium'*⁷²

O art. 27 do Estatuto afasta a imunidade eventualmente conferida aos ocupantes de altos cargos oficiais. De fato, o Tribunal Penal Internacional tutela os direitos humanos atingidos pelas graves violações, geralmente objeto de atitudes de chefes de Estados, membros de governos ou parlamentares. A imunidade seria instituto inerente à jurisdição interna, não suscetível perante a Corte supranacional, cujo enfoque é reprimir os mais nefastos ataques à humanidade.

3.1.5. *Coisa julgada e revisão*

Sob a epígrafe do '*ne bis in idem*', veda-se o rejuízo de acusado anteriormente sentenciado, seja a pretérita decisão emanada de Tribunal competente ordinário, ou da própria Corte de Haia (art. 20, 1 e 2). Excepcionalmente, o Estatuto prevê meio impugnativo rescisório de suas respectivas sentenças, observados alguns requisitos específicos, à semelhança do instituto da 'revisão criminal' do direito brasileiro (art. 84).

3.1.6. *Instrumentalidade das formas e direitos do acusado*

O procedimento configura a espinha dorsal do formalismo processual. Em geral, a estrutura do processo penal observa regras significativamente rígidas. Nem por isso se incompatibiliza o manejo da norma da instrumentalidade das formas, com o aproveitamento dos atos processuais em procedimento heterotípico, uma vez atendidas as garantias à defesa nos moldes nucleares/essenciais. Mormente sob influxos da *common law*, o

⁷¹ Márcio Medeiros Furtado, *op. cit.*, p. 492.

⁷² Frequentemente, utiliza-se a terminologia privilégios de 'ordem pessoal'. Com a devida vênia, essas prerrogativas não atinam às individualidades, mas aos órgãos/funções relevantes que ocupam.

juízo da Corte de Haia será conduzido da maneira equitativa e célere, sem o engessamento de pretensão formalismo-excessivo (não valorativo), segundo art. 64, 2, do Estatuto. Vale dizer, a despeito do procedimento regrado, viabiliza-se a instrumentalidade das formas.

Sopesada tal flexibilização, o Tratado (art. 67) prevê garantias processuais ao acusado que, em última análise, diagramam pormenorizadamente o contraditório e a ampla defesa. Assim, o réu possui direito de informação (desdobrado na prerrogativa de audiência, de presença e de ser ouvido) e de contraposição à acusação (refletido na possibilidade de não produzir prova contra si mesmo, o *nemo tenetur se detegere*, bem como dispor de meios e tempo adequados à defesa). Nada mais que o binômio ‘ciência + participação’, corolários do contraditório/ampla defesa. Também se explicitou a vedação da utilização de provas ilícitas (art. 69, 7).

Dois pontos merecem atenção. O primeiro refere a garantia de o réu ser julgado sem atrasos indevidos, atualmente internalizada no programa⁷³ constitucional brasileiro. A discussão remanesce ao qualificativo ‘indevido’ do atraso, ou melhor, qual o tempo ‘razoável’ do processo.

Finalmente, impende saliência ao ineditismo do postulado da ‘cooperação das partes entre si, e para com o juízo’, dignos de um certame processual transparente e regulado pela boa-fé. Diz o art. 67, 2, do Estatuto: “Além de qualquer outra revelação de informação prevista no presente Estatuto, o Procurador comunicará à defesa, logo que possível, as provas que tenha em seu poder ou sob o seu controle e que, no seu entender, revelem ou tendam a revelar a inocência do acusado, ou a atenuar a sua culpa, ou que possam afetar a credibilidade das provas de acusação. Em caso de dúvida relativamente à aplicação do presente número, cabe ao Tribunal decidir”. Essa regra evidencia rotação epistêmico-cultural, elencando novo paradigma do processo acusatório criminal. Em *terrae brasilis*, infelizmente, o processo permanece como ‘guerra ou jogo’, sendo-nos bastante difícil imaginar uma efetiva cooperação dessa grandeza – em todos os sentidos imaginados.

3.1.7. ‘Standard’ probatório para condenação

⁷³ Até por se tratar de norma programática, pode-se inferir que a não dilação do julgamento seja um princípio, ao invés de garantia. Todavia, pela utilização do critério funcional (processual-material) para a sistematização, manteve-o enquanto garantia.

A argumentatividade é primeiro-lugar comum do Estado de Direito. O Direito, entendido (ou não) enquanto ciência argumentativa por excelência, não permite posições estanques nos respectivos sobressaltos evolutivos, mas tangencia a concorrência de racionalidades dialeticamente defensáveis. Melhor explicando: no Direito, eliminam-se verdades absolutas, posições e definições unívocas, para a sustentação de pontos de vista juridicamente defensáveis, verdades aproximativas, a depender da fundamentação sufragadora das razões expendidas – ora em determinado sentido, noutra ocasião, em outra linha de visada. Com efeito, torna-se aprioristicamente quase impossível que uma demanda acene, de maneira unânime, para certa direção. À medida que a matéria-prima julgada constitui ‘alegações de fatos’ demonstráveis (ou persuadíveis?!), dispõe-se de peculiaridade do paradigma linguístico-jurídico: aquilo que, no sistema normativo, em termos deontológico-valorativo, pode ser enunciado como aceitável, porque demonstrável/persuadível, torna-se imutável pela carga de argumentatividade que lhe pacifique a orientação.

Recentemente falecido, o jusfilósofo Neil MacCormick dedica obra-prima acerca da argumentação no Estado de Direito, defendendo a versatilidade das valorações jurídicas supostamente corretas, a guisa da argumentatividade: “Um processo de avaliação da força relativa de argumentos concorrentes está fadado a ser uma questão, mais ou menos, de opinião, a exigir julgamento. Se os argumentos frequentemente parecem ter força parecida, como podemos dizer com certeza qual é mais forte? A resposta é que quase nunca podemos dizer isso com certeza. No direito, a convicção subjetiva é possível, por vezes, quando para mim ou para você um certo conjunto de argumentos aponta firmemente para uma certa conclusão, e todos os contra-argumentos que nos foram apresentados ou sobre os quais pudemos pensar parecem fatalmente mais fracos por comparação. Essa convicção pode consistir em uma certeza compartilhada ou intersubjetiva, quando uma comunidade de especialistas comunga dessa visão ao ponto até mesmo e tratá-la como praticamente axiomática. Mas essa convicção compartilhada, assim como a atitude compartilhada de estar certo acerca de algo, não é aquilo que se quer dizer

com a ideia de certeza em seu outro sentido: que é certamente verdadeiro, não importando se alguém acredita ou não nessa verdade”⁷⁴.

Então resulta que, no paradigma jurídico – porque argumentativo-pragmático –, a questão sobrelevante é a seguinte: sob qual medida de argumentação, determinada solução é reputada correta? Vale dizer, qual o ‘standard’ utilizável pelo juiz para eleição do raciocínio concludente da demanda?

As maiores discussões do capítulo das ‘provas’ no seio processual, justamente, tendem a mitigar possível arbitrariedade do julgador, outorgando-se-lhe critérios de racionalidade ao acerto fático. Deveras, atualmente se propala a fixação de “pautas”, de “standards”, ou “critérios” de mitigação da discricionariedade (arbitrariedade), à luz da “teoria dos modelos de constatação” ilustrada na *common law*. Ora, o princípio do “livre convencimento motivado” não é absolutamente livre!

Pelo contrário. Ao invés da liberdade dos julgamentos, cada vez mais defensável a tributação de balizas ao eventual decisionismo. Apesar do fenômeno da atual rarefação da densidade normativa de diversas espécies positivadas (através da pecha principiológica, dos conceitos jurídicos indeterminados ou das cláusulas gerais), o sistema deve dialogar com as demais valências de influência social, pena da submissão dos demais atores normativos à indelével arbitrariedade egoística. Danilo Knijnik ressalta: “o critério não é mais que *um meio para conhecer a verdade*. Com isso, quer-se sustentar que existem *modelos de constatação*, comumente denominados *standards*, que funcionam como critérios, pelos quais o juízo de fato é formalizado. Esse critérios devem ser postos em discussão para que as opções valorativas do juiz e das partes sejam conhecidas, debatidas em contraditório e, em sendo o caso, corrigidas”⁷⁵.

Ressalto: o quadrante atual do Estado de Direito evoluiu para a minoração das arbitrariedades. O espaço de consenso⁷⁶ deve ser preservado, sempre. Daí, mesmo nos atos administrativos discricionários ou no *exame da prova judicial*, no bojo dos processos, mister a pauta de *critérios, standards*,

⁷⁴ MACCORMICK, Neil. O Estado de Direito e o caráter argumentativo do direito. in: *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 21.

⁷⁵ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 18.

⁷⁶ A universalização de conceitos pela uniformização de cognições ‘razoáveis’ faz parte do próprio conteúdo da democracia (sentido material).

modelos de constatação, que mitiguem a subjetividade em prol da universalização dos fundamentos. Peculiaridade digna da preocupação do direito dos precedentes, que agora vem positivado no art. 66, 3, do Estatuto de Roma.

Malgrado a complexidade das matérias, lembro que se divulga trilogia de *standards* fundamentais para análise da prova: (a) em geral, no processo civil, por haver discussão sobre direitos em relação de horizontalidade (disponíveis por excelência, observadas algumas exceções, vide processos nos quais figurem a Fazenda Pública, menores⁷⁷, entre outros), exige-se o critério da ‘preponderância de provas’; (b) no outro extremo da (in)flexão argumentativa, em que vigoram direitos indisponíveis por excelência, imprescinde-se o modelo da ‘prova acima de qualquer dúvida razoável’ para a condenação – também pudera, do outro lado, para a absolvição do réu, existe o primado da presunção de inocência; no médio termo, entre as balizas do processo civil e do processo penal, (c) para uma solução administrativa dos procedimentos burocráticos, profliga-se a utilização do *standard* da ‘prova clara e convincente’. Tais mecanismos nada mais representam que o ônus argumentativo para o julgador afirmar a procedência das demandas, por recolherem a força, a profundidade de verossimilitude, a (in)disponibilidade da argumentatividade necessária à confirmação da ‘alegação sobre determinado fato’.

Daí resulta natural: no processo civil, para o juiz elidir um argumento paritário de um sujeito, em benefício de outro – o vencedor –, então no mesmo nível de igualdade (material) daquele primeiro, o grau de fundamentação é o menor; em seara administrativa, a situação agrava-se, o julgador precisa fundamentar pouco mais que no civil; no processo penal, parece notório que a profundidade cognitiva se avulta – para o julgador refutar a presunção de inocência ilustrativa das garantias do réu, o grau argumentativo deve ser muito maior. Ou seja, a diferença entre os *standards* é ‘de grau’. Rubrica que vinha implícita na jurisprudência da *common law*, ora imortalizada no art. 66, 3, do

⁷⁷ As questões do direito de família, do direito administrativo, entre outras, tem flexibilizado o manejo do processo civil. A causa-consequência é evidente: o caráter instrumental-valorativo do processo influencia o direito, mas também por ele é influenciado. Natural que algumas matérias, pela importância subjacente, valoradas inclusive a nível constitucional, mereçam qualificação no palco processual – para além dos meros interesses quiçá (in)disponíveis.

Estatuto – a prova ‘acima de qualquer dúvida razoável’ para se angariar uma condenação em julgamento do Tribunal *Internacional* Penal.

3.2. Princípios

O Estatuto de Roma prevê diversos princípios de direito penal (grande parte, no Capítulo III), assegurando pretensa⁷⁸ previsibilidade aos julgamentos. Por vezes, tal elenco principiológico positivado remete à pragmática do *common law* para haurir algumas definições e, em outras situações, recorre aos fundamentos do direito continental, peculiaridade eclética que desperta evidente interesse hermenêutico – deveras, estuda-se Tratado multilateral, disso resultando a observância confluyente das diferentes culturas globais.

Brevemente, impende referência exemplificativa de alguns princípios basilares.

3.2.1. Legalidade, taxatividade e irretroatividade

Estão previstas nos arts. 22, 23 e 24 do Estatuto. A definição dos crimes, penas e a respectiva natureza prospectiva dos ilícitos é matéria adstrita à lei⁷⁹, mesmo que a regra seja extravagante ao Tratado de Roma. Sensível discussão doutrinária adstringe-se à fixação máxima das penas privativas de liberdade em trinta anos, (art. 77) sem, contudo, delimitar ‘espaços do jogo’ à discricção jurisdicional, refere Sylvia Steiner⁸⁰. Essa perspectiva não viola o imperativo da legalidade e taxatividade, somente contemplando solução de direito consuetudinário. Influenciação que outrora fora utilizada no direito interno brasileiro, como na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92). Ao privilegiar mecanismo do *common law*, em termos sancionatórios, inexistente violação principiológica digna de nota, face à natureza supranacional do TPI.

⁷⁸ Adiciono o ‘pretensamente’ porque, algumas vezes, os princípios carecem da precisa/absoluta densidade dogmática, reclamando complementação interpretativa – *rectius*, integrativa.

⁷⁹ Naturalmente, tratando-se da dignidade da pessoa humana e respectivas fontes supranacionais de direito, a terminologia ‘lei’ não se restringe à matéria examinada pelo parlamento soberano clássico de algum Estado. Aléxis Couto de Brito ressalta um novo conceito de ‘lei’, diante das considerações globalizantes de um planeta diminuto e de fronteiras cada vez menores. O bem jurídico da humanidade demanda interpretação alargada e cosmopolita-universal do aspecto ‘legal’. Ver BRITO, Aléxis Augusto Couto de. Direito penal internacional: direitos humanos, tratados internacionais e o princípio da legalidade. *In Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, n. 27, ago/set 2004, p. 55.

⁸⁰ *Op. cit.*, p. 77.

Suposto laconismo do preceito sancionatório, explica Fernanda Jankov, deve-se ao fato de que “por muito tempo, tanto os tratados, como as normas consuetudinárias, limitavam-se a proibir certas condutas sem estabelecer sanção para o desrespeito ao preceito das normas jurídicas”⁸¹. Ou seja, trata-se de fenômeno oriundo do caráter rudimentar do Direito Internacional Penal enquanto disciplina autônoma.

3.2.2. *Imputabilidade ao maior de dezoito anos*

O art. 26 estipula-se a inimputabilidade do menor de dezoito anos. Presumivelmente, seria ininteligível que o menor de dezoito anos pudesse cometer delitos de tamanha envergadura. Em geral, não dispõe do aparato técnico tampouco de gestão para empreitadas violadoras da humanidade.

3.2.3. *Responsabilidade⁸² individual da pessoa física na medida da culpabilidade*

O Tratado imputa, na medida da culpabilidade inerente a cada conduta, a responsabilidade aos autores e partícipes dos crimes (art. 25). Entretanto, por refletir sistema da *common law*, inexistente diferenciação dogmática acerca dos níveis de punibilidade do agente (por exemplo, como verificado na ‘participação de menor importância no Código Penal brasileiro). Daí resulta na possibilidade assinalada por Jean-Christophe Merle: “um líder político que ordena massacres de larga escala sem nunca ter ele próprio matado alguém pode ser sentenciado a uma punição mais severa que o soldado que executou suas ordens e que é declarado pela corte como não tendo agido sob coação irresistível”⁸³.

⁸¹ *Op. cit.*, p. 57.

⁸² A terminologia ‘responsabilidade’ não fora utilizada de acordo com a concepção roxiniana, em oposição ao juízo retrospectivo da culpabilidade. O estatuto açambarca a punibilidade em sentido amplo: tanto em termos da imputação (incidência da norma ao caso) como nos foros da delimitação da conduta de cada agente (culpabilidade).

⁸³ *Op. cit.*, p. 175. Caractere que explicita a tendência ‘preventiva’ das sanções estatutárias, de acordo com o preâmbulo.

Ademais, Japiassú⁸⁴ constata adoção da estrutura bipartida da teoria do crime: faz-se referência à responsabilidade individual e às respectivas causas de exclusão (conhecidas como *defences*). Pela simpatia do direito internacional penal ao sistema do *common law*, impende diagnosticar uma não separação aritmética das noções de injusto (tipicidade e contrariedade ao direito) e da culpabilidade, como utilizada no direito pátrio. Quando muito, pode-se sinalizar aproximação à clássica ‘teoria dos elementos negativos do tipo’, falando-se em responsabilização quando não há exclusão da responsabilidade – definição pela negativa, dogmatizada no Estatuto. Salienta-se que a construção bipartida apenas separa a responsabilidade individual da respectiva exclusão (*defences*). Trata-se de exercício cognitivo de ‘imputação’, não da ‘responsabilidade’ enquanto categoria substitutiva e conglobadora da culpabilidade, segundo a teoria funcionalista *roxiniana*.

3.2.4. Requisito subjetivo (*‘mens rea’*)

Os graves delitos contra a humanidade dependem da vontade, mais a previsão do agente – dolo (art. 30). Inviável a condenação pela intencionalidade extratípica (crime culposo).

Entretanto, admite-se mitigação do pressuposto subjetivo doloso. Em ocasiões nas quais a omissão intencional (ou capciosa) do agente poderia ter evitado resultado danoso, constada pelo cenário probatório objetivo, torna-se passível a responsabilização. Contexto a depender da gravidade e da evidência provável, aferível no exame da relação conduta-evento. Kai Ambos indica: “La ignorancia *consciente*, en el sentido de cegueira deliberada (*wilful blindness*) no excluye la responsabilidad penal. En último término, no estamos tratando con cualquier negligencia (*toute negligence*) sino con una modalidad de la negligencia que desde el punto de vista *normativo*, puede ser puesta en pie de igualdad con el intento doloso, esto es, una negligencia tan grave que este a nível del dolo. Sin embargo, no se debe pasar por alto que ‘intento’ y ‘negligencia’ son estados mentales muy diferentes que sólo en casos excepcionales de un dolo ‘débil’ (*weak intent, dolus eventualis*) y negligencia

⁸⁴ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. O direito penal internacional e os crimes internacionais. In GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (coord.). *Temas de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 88.

'grave' (*strong, conscious negligence*) se aproximam"⁸⁵. Panorama doutrinário a denotar pequena margem *concretista* ao Tribunal Penal Internacional, ao reconstruir o aspecto subjetivo doloso às condutas julgadas.

Insta comparar que, no âmbito doméstico brasileiro, não raro, nos delitos da macrocriminalidade, a jurisprudência examina o 'dolo' dos agentes quando observadas circunstâncias objetivas de verossimilitude. Por exemplo, ao condenar um alto executivo por crime contra o sistema financeiro ou contra a ordem tributária, nada mais se faz que o exercício pragmático da teoria do *wilful blindness* (cegueira deliberada). O sujeito poderia 'evitar' que sua empresa ou seus subordinados delinqüissem, bastava assumir posição diligente e proativa na administração dos negócios – nada mais esperado de um diretor do alto escalão.

3.2.5. Estrutura bipartida dos crimes

A leitura do art. 31 do Estatuto desencadeia duas reflexões: uma, sobre (a) a estrutura analítica do crime; outra, quanto ao (b) caráter pragmático do raciocínio do Tribunal Penal Internacional. Ambas as ideias a se imbricarem circularmente.

Com efeito, a doutrina majoritária continental sistematiza a teoria do crime no sentido de fato típico, contrário do direito e com agente culpável. Trata-se de solução *tripartida*, porque se fundamenta no tripé de uma teoria geral do delito – cada qual compartimento, apresentando questões e opções dogmáticas próprias. Em contrapartida, o Tratado de Roma não cuida dessa trilogia estrutural, mas de extremos *bipartidos* – a responsabilidade⁸⁶ criminal *versus* a respectiva exclusão dessa responsabilidade (art. 31), semelhante à velha teoria dos 'elementos negativos do tipo', cunhada por Mezger.

⁸⁵ AMBOS, Kai. La responsabilidad del superior en el derecho penal internacional. In: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de. (org.). *O direito penal no Estatuto de Roma: leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 210.

⁸⁶ Aqui, a responsabilidade açambarca o conjunto da incidência das normas. Como se houvesse dupla valência da demanda – *guilty or not guilty* –, bem afeto ao sistema da *common law*. Ou seja, essa temática da responsabilidade é inconfundível à 'responsabilidade' enquanto categoria do crime, doutrinada por Roxin. Ver CASTRO, Cássio Benvenuti de. *Temas de ciências penais: na perspectiva neoconstitucional*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

Essa construção *bipartida* (responsável, ou não) é causa-consequencia do caráter pragmático do raciocínio do TPI (item 'b'). Ora, o panorama do crime internacional propriamente dito não reflete uma 'teoria geral do delito', porque influenciado pela construção jurisprudencial inerente à *common law*. Assim, inviável a dogmatização de estruturas analíticas tripartites do delito, à medida que o 'crime internacional' é (ou será) produto de construção casuísta. Deveras, o direito dos precedentes (e o TPI) trabalha com realidades operativas, eminentemente sufragadas em provas.

E como as provas bifurcam-se em vetores de procedência *versus* improcedência – pragmatismo processual –, a estrutura bipartida do crime internacional condiciona o raciocínio ponderativo do Tribunal *Internacional* Penal. Da mesma sorte, é por ele condicionado, numa ciranda de causa-consequencia.

3.2.5.1. *Problemática do erro*

No direito brasileiro, a construção dogmática distinguiu o erro de tipo do erro de proibição, resguardando almejada segurança ao exame ponderativo da espécie (situação melhor articulada pela Teoria Limitada da Culpabilidade). De outro lado, abrindo ensanchas a perigoso (eventual) decisionismo, o Estatuto volta-se à etiologia dos institutos, classificando-os como erro de fato ou erro de direito (art. 32). Tal opção, na literalidade do tratado, chega a conferir idêntica solução a ambas as categorias: tanto o erro de fato quanto o de direito podem excluir, excepcionalmente, o dolo. Na prática, isso representa o efetivo reconhecimento da defesa pelo 'erro' de maneira muito restritiva, consoante Kai Ambos⁸⁷. Particularmente, compreendo que há transmutação da técnica em prol da pragmática.

3.2.6. *Imprescritibilidade da persecução*

A Constituição brasileira prevê dois casos expressos de imprescritibilidade à persecução criminal: em delitos de racismo (art. 5º., XLII) e na ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado

⁸⁷ *La parte general del derecho penal internacional: bases para una elaboración dogmática.* Trad. Ezequiel Malarino. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005, p. 86.

democrático (art. 5º, XLIV). Apesar de não previstas outras hipóteses de atemporalidade, considera-se possível eventual abertura de novas exceções, na perspectiva da proteção dos direitos humanos e com a razoabilidade premente a graves ilícitos contra a humanidade, situação que não retira a compatibilidade jurídica do Estatuto de Roma (art. 29). Todavia, deve-se ressaltar essa possibilidade persecutória à guisa da competência *ratione temporis* da corte: o termo *a quo* (ou, leia-se, a nota da imprescritibilidade) dos fatos a serem investigados inicia-se com a instituição (ratificação) do Tribunal Penal Internacional nos sistemas jurídicos dos Estados-partes.

Essa conclusão, excepcionalmente, pode divergir do princípio da ‘dupla punibilidade’, iterativamente lembrado pelo Supremo Tribunal Federal ao decidir pedidos de extradição. Observe-se trecho do julgado: “O postulado da dupla tipicidade – por constituir requisito essencial ao atendimento do pedido de extradição - impõe que o ilícito penal atribuído ao extraditando seja juridicamente qualificado como crime tanto no Brasil quanto no Estado requerente. Delito imputado ao súdito estrangeiro, que encontra, na espécie em exame, correspondência típica na legislação penal brasileira. - Não se concederá a extradição, quando se achar extinta, em decorrência de qualquer causa legal, a punibilidade do extraditando, notadamente se se verificar a consumação da prescrição penal, seja nos termos da lei brasileira, seja segundo o ordenamento positivo do Estado requerente. A satisfação da exigência concernente à dupla punibilidade constitui requisito essencial ao deferimento do pedido extradicional. Inocorrência, na espécie, de qualquer causa extintiva da punibilidade”⁸⁸. Ou seja, caso a pretensão punitiva prescreva no Brasil, impedindo persecução penal doméstica, por decorrência, inviabilizada estaria a extradição. Raciocínio análogo a fundamentar o não processamento e julgamento de indivíduos perante o Tribunal Penal Internacional, quando prescrita a pretensão no sistema interno. Peculiaridade a ensejar candentes discussões.

Aproveitando a temática, ressalvo que o capítulo da temporalidade da persecução reserva debates conturbados no âmbito penal da tutela dos direitos

⁸⁸ Extradição 1201/Estados Unidos da América, Relator Min. Celso de Mello, julgamento em 17/02/2011, Órgão Julgador Tribunal Pleno.

humanos. Com efeito, a Lei brasileira, número 6.683/79, concedeu anistia a quem tenha cometido crimes políticos ‘ou conexos’, no período relacionado à ditadura militar, situação a sufragar argumentos contrapostos em termos da validação da norma. Contra a benesse legal, advoga-se a necessidade da reversão da impunidade que se ‘autolegitimou’ na etapa pré-Constituição democrática. Luciano Feldens afirma que a análise da constitucionalidade da lei de anistia não deveria ser aferida à luz da lei fundamental de então, nitidamente autoritária, mas em face dos “Tratados e Convenções de Direitos Humanos aos quais o Brasil manifestou sua adesão. Nesse tom, a análise desses fatos envolve sua consideração como *graves violações de direitos humanos* e mesmo como *crimes contra a humanidade*, de sorte a atrair a normatividade das regras do Direito Internacional dos Direitos Humanos, inclusive no que respeita à imprescritibilidade desses delitos”⁸⁹.

De outro lado, alega-se que a anistia estabelece benefícios bifrontes: não apenas aos titulares do regime – os militares – como àqueles insurgentes civis que, eventualmente, tenham praticado delitos ‘políticos ou conexos’ positivados.

A complexidade dos argumentos careceria de estudo específico, transcendente dessas breves linhas. Todavia, insta referir julgado do Supremo Tribunal Federal, veiculado no informativo 584: “Destacou-se que, no Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário não estaria autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Não incumbiria ao Supremo modificar, portanto, textos normativos concessivos de anistias, mas tão-somente apurar a sua compatibilidade com a Constituição. A revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haveria, ou não, de ser feita pelo Poder Legislativo. Atentou-se, ainda, para o que disposto no art. 4º da EC 26/85 (“Art. 4º É concedida anistia a todos os servidores públicos civis da administração direta e indireta e militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares. § 1º É concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos, e aos dirigentes e representantes de organizações sindicais e estudantis, bem como aos servidores civis ou empregados que hajam sido demitidos ou dispensados por motivação exclusivamente política, com base em outros diplomas legais. § 2º A

⁸⁹ FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, 125.

anistia abrange os que foram punidos ou processados pelos atos imputáveis previstos no 'caput' deste artigo, praticados no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979.”). Explicou-se que a EC 26/85, cujo art. 1º conferiu aos membros da Câmara dos Deputados e ao Senado Federal o poder de se reunirem unicameralmente em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, em 1º.2.87, na sede do Congresso Nacional, seria dotada de caráter constitutivo, instalando um novo sistema normativo. Destarte, a anistia da Lei 6.683/79 teria sido reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. A emenda constitucional produzida pelo Poder Constituinte originário teria constitucionalizado a anistia. Assim, afirmada a integração da anistia de 1979 na nova ordem constitucional, ter-se-ia que sua adequação à Constituição de 1988 resultaria inquestionável. Assentou-se que se imporia o desembaraço dos mecanismos que ainda dificultam o conhecimento do quanto ocorrera durante o período em questão, o que deverá ocorrer quando do julgamento da citada ADI 4077/DF. Por fim, realçou-se ser necessário dizer, vigorosa e reiteradamente, que a decisão de improcedência não excluiria o repúdio a todas as modalidades de tortura, de ontem e de hoje, civis e militares, policiais ou delinquentes. Vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Britto, que julgavam parcialmente procedente o pedido. O primeiro dava interpretação conforme ao § 1º do art. 1º da Lei 6.683/79, de modo a que se entendesse que os agentes do Estado não estariam automaticamente abrangidos pela anistia contemplada no referido dispositivo legal, devendo o juiz ou tribunal, antes de admitir o desencadeamento da persecução penal contra estes, realizar uma abordagem caso a caso, mediante a adoção dos critérios da preponderância e da atrocidade dos meios, nos moldes da jurisprudência do Supremo, para o fim de caracterizar o eventual cometimento de crimes comuns com a consequente exclusão da prática de delitos políticos ou ilícitos considerados conexos. O segundo excluía da anistia os crimes previstos no art. 5º, XLIII, da CF”. (ADPF 153/DF, rel. Min. Eros Grau, 28.4.2010).

A competência do Tribunal Penal Internacional não açambarcaria os fatos de nosso regime militar. Deveras, o Estatuto de Roma irretroage. Mesmo assim, brevemente citei o debate acerca da lei de anistia em face da questão

da prescritibilidade da persecução perfazer matéria acesa e que, eventualmente, poderá suscitar novos questionamentos perante o Supremo Tribunal Federal. Ainda, quiçá a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) poderá se manifestar sobre o assunto, não para julgar pessoas individuais, como o TPI, mas para examinar práticas do próprio Estado brasileiro.

3.2.7. *Tutela efetiva das vítimas*

O Estatuto de Roma positiva instrumentos para tutelar as pessoas das vítimas – efetivamente funcionalizando a dupla acepção da proporcionalidade. No art. 43, 6, previu a criação da “Unidade de Apoio às Vítimas e Testemunhas”⁹⁰ que, em conjunto com o Gabinete do Procurador, adotará medidas especializadas de proteção e assistência às pessoas afetadas pelos graves crimes da competência do Tribunal, sejam elas ofendidas ou testemunhas. Trata-se da abertura cognitivo-operativa do direito e processo penal Internacional para com a vitimologia.

Pormenorizando essa protetividade, o art. 68 explicita diversos meios para salvaguarda das vítimas e testemunhas. Dentre as quais, a possibilidade da limitação da publicidade dos atos do processo e uma evidente preocupação quanto às conseqüências psicológicas dos delitos no caso de crimes sexuais. Chama atenção a abertura dialogal do processo às vítimas afetadas, adotando-se emblema habermasiano de jurisdicionalização – diz a terceira alínea da indigitada regra: “Se os interesses pessoais das vítimas foram afetados, o Tribunal permitir-lhes-á que expressem as suas opiniões e preocupações em fase processual que entenda apropriada e por forma a não prejudicar os direitos do acusado nem a ser incompatível com estes ou com a realização de um julgamento equitativo e imparcial”.

Tal ‘abertura’ dialogal avulta-se com a preocupação normativa atinente à reparação dos ofendidos (art. 75). Ou seja, imiscui-se ao procedimento, outrora de feição ortodoxo-penal, caráter também indenizatório. Fatoração que, de

⁹⁰ Tal ‘Unidade de Apoio’ não deixa de ser uma ‘garantia’ institucional, porque explicita órgão com atribuições específicas. Entretanto, pela gama deontológica que finaliza, num primeiro momento, não é equívoca sua aposição na parte dos ‘princípios’ – sempre lembrando que inexistente divisão absoluta, mormente ao se considerara que um ‘estatuto’, por acepção, reúne normas processuais e materiais.

alguma maneira (mesmo longínqua), influenciou a crescente participação do ofendido com premência da tutela efetiva sobre a *forma* do procedimento, com aparentes ricochetes dogmáticos no direito brasileiro, vide a recente alteração do Código de Processo Penal brasileiro (art. 387, IV, do CPP⁹¹) e a Lei 11.340/06⁹².

Conclusão

A visão culturalista do Direito permite conferir normatividade e coercibilidade às disposições do Estatuto de Roma. Conseqüentemente, da estruturação tratadista do Tribunal *Internacional* Penal, extrai-se a (pretensa) tutela efetiva da dignidade da pessoa humana – tanto nos termos processuais quanto nos moldes materiais. O Tribunal de Haia legitima-se através das ‘garantias’ jurisdicionais para dirimir os mais graves ataques à existência da vida no planeta. Além disso, o Tratado positiva ‘princípios’ que programam a previsibilidade dos julgamentos – apanágio inerente à dialética ético-operativa (construtivista) do Direito Internacional –, com vistas à elisão do temerário decisionismo.

Todavia, remanescem incontáveis desafios. No atual panorama, a *universalização* da jurisdição não ultrapassa a noção de uma tendência, porque ainda adstrita aos percalços horizontalizados do paradigma da ‘justiça universal’ (dependente da aceitação dos Estados-partes). Da mesma (má) sorte, causa espécie a convivência de julgamentos ‘jurídicos’ com a tomada de (algumas) decisões ‘políticas’, nitidamente influenciadas pelas diretrizes da ONU. Haure-se disso que, não raro, a competência da Corte submete-se à intervenção do Conselho de Segurança, nos termos do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas (art. 13, *b*, do Estatuto de Roma) – peculiaridade mitigadora da almejada independência do Tribunal – autonomia que refletirá a

⁹¹ O juiz, ao proferir sentença condenatória: “IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”.

⁹² Na Lei Maria da Penha, a participação processual da vítima assumiu foros inéditos no certame procedimental penal. Ela deve ser informada dos atos referentes ao acusado, tudo em prol da efetiva proteção – leia-se, tutela.

própria axiologia metanacional da instituição: a funcionalização da (neo)soberania em benefício da dignidade da pessoa humana.

Sobremaneira, as 'garantias' e os 'princípios' do Tribunal *Internacional Penal* pautaram inéditas conquistas. Agora, o ser humano *não é mais digno* por existir na Europa, nos Estados Unidos, no Brasil ou em Uganda. Ele torna-se digno pelo privilégio de singela condição especial – a espécie 'humana'. E o Tribunal *Internacional Penal* representa sopro neoinstitucional de austeridade ao estabelecimento dessas normativas de equitatividade. Evidente que, sufragado este primeiro momento de ineditismo – capitaneado por autêntica jurisdicionalização do direito penal de 'transição' –, fomenta-se a construção de uma justiça universal. Momento no qual, para além da axiologia, pautar-se-á deontologia específica do crescente compartimento verdadeiramente internacionalista do Direito. Daí sim, a sobrevivência do homem grassará com a real importância e confiança que depositaremos em instituições desse porte.

Referências

- AMBOS, Kai. A nova Corte Penal Internacional. O difícil equilíbrio entre uma persecução penal eficiente e a 'realpolitik'. *In Boletim IBCCrim*, n. 70, set/1998.
- _____. La implementación del estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania. *In Estudios de derecho penal internacional*. Lima: 2007.
- _____. *La parte general del derecho penal internacional: bases para una elaboración dogmática*. Trad. Ezequiel Malarino. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.
- _____. La responsabilidad del superior en el derecho penal internacional. *In: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de. (org.). O direito penal no Estatuto de Roma: leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- _____. Los fundamentos del jus puniendi nacional, em particular su aplicación extraterritorial. *In Estudios de derecho penal internacional*. Lima: 2007.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BRITO, Aléxis Augusto Couto de. Direito penal internacional: direitos humanos, tratados internacionais e o princípio da legalidade. *In Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, n. 27, ago/set 2004, p. 42-58.
- CAMARGO, Marcelo Novelino. O conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana. *In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). Leituras complementares de constitucional: direitos fundamentais*. Salvador: Jus Podivm, 2007.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*, parte geral, vol. I, 12^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CARVALHO, Salo de. Os fundamentos do Tribunal Penal Internacional e sua incorporação no direito interno. *In: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de. (org.). O direito penal no Estatuto de Roma: leituras sobre os fundamentos e a*

- aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- CASTRO, Cássio Benvenuto de. *(Neo)Soberania e Tribunal Penal Internacional*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.
- _____. *Temas de Ciências Penais: na perspectiva neoconstitucional*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais. *In: WUNDERLICH, Alexandre (org.). Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.
- CUNHA, Guilherme da. As dimensões política e humanitária da criação do Tribunal Penal Internacional. *in Revista do Centro de Estudos Jurídicos, Brasília, CJF, vol. 11, ano 2000*.
- DOTTI, René Ariel. Breves notas sobre a emenda n. 45. *In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (coord.). Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- GIL, Alicia Gil. Los crímenes contra la humanidad y el genocídio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de 'los elementos de los crímenes'. *In: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de. (org.). O direito penal no Estatuto de Roma: leituras sobre os fundamentos e a aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- CONCESI, Alexandre. A jurisdição universal. *In Boletim científico, Escola Superior do Ministério Público da União, ano II, n. 8, jul/set 2003, Brasília*.
- CUNHA, Guilherme da. As dimensões política e humanitária da criação do Tribunal Penal Internacional. *in Revista do Centro de Estudos Jurídicos, Brasília, CJF, vol. 11, ano 2000*.
- JANKOV, Fernanda F. Fernandes. Processo de elaboração do direito internacional penal: o papel das fontes no conceito de crimes internacionais. *In Revista do Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, SP, v. 20, n. 28, 2006*.
- JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. O direito penal internacional e os crimes internacionais. *In GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (coord.). Temas de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- LOCHAK, Delième. *Les droits de l'homme*. Paris: Éditions La Découverte.
- LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009.
- MACCORMICK, Neil. O Estado de Direito e o caráter argumentativo do direito. *In: Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- MELO, Ronivalda de Andrade; BEZERRA, Ana Elisabete Tavares (org.). *Anais do seminário internacional 'os desafios contemporâneos para os direitos*

humanos, 23 a 25 de fevereiro de 2005, Recife-PE. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 2005.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *In*: DIDIER JR., Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. Salvador: Jus Podivm, 2008.

PIOVESAN, Flávia. Princípio da complementaridade e soberania. *In Revista CEJ*, n. 11, ago/dez 2000, acessado na Internet, em abril/2011: www2.cjf.jus.br

STEINER, Sylvia Helena F. Tribunal Penal Internacional – a proteção dos direitos humanos no século XXI. *In: Revista do Advogado*, Publicação da Associação dos Advogados de São Paulo, ano XXII, n. 67, agosto de 2002.

SOARES, Guido Fernando Silva. O terrorismo internacional e a Corte Internacional de Justiça. *In*: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (coord.). *Terrorismo e direito: os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil: perspectivas político-jurídicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VIDAL, Hélvio Simões. Direitos humanos e o direito internacional penal. *In Revista dos Tribunais*, n. 877, nov/2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*, parte geral, vol. I, 7ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.